

La Procédure par défaut devant les Tribunaux de Commerce

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 5 juin 1943, à 14 heures

PAR

Jacques NÉRET-MINET

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. SOLUS, Professeur

Suffragants : MM. AMIAUD, Professeur
LÉON MAZEAUD, Professeur

Lucien CARIO, Imprimeur

13, Pass. Trubert-Bellier

PARIS (XIII^e)

1943

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Nom du Candidat: **NERET-MINET.**

Prénom: **Jacques.**

Date de la soutenance:

Numéro d'ordre:

(Ces deux mentions seront complétées par le service de la Bibliothèque)

NERET-MINET (Jacques). —
La Procédure par défaut devant
les Tribunaux de Commerce. —
Paris. Imp. Lucien Cario, 1943,
88 pages.

(Thèse de Droit, Paris, 1943,
N°).

NERET-MINET (Jacques). —
La Procédure par défaut devant
les Tribunaux de Commerce. —
Paris. Imp. Lucien Cario, 1943,
88 pages.

(Thèse de Droit, Paris, 1943,
N°).

NERET-MINET (Jacques). —
La Procédure par défaut devant
les Tribunaux de Commerce. —
Paris. Imp. Lucien Cario, 1943,
88 pages.

(Thèse de Droit, Paris, 1943,
N°).

NERET-MINET (Jacques). —
La Procédure par défaut devant
les Tribunaux de Commerce. —
Paris. Imp. Lucien Cario, 1943,
88 pages.

(Thèse de Droit, Paris, 1943,
N°).

**LA PROCÉDURE PAR DÉFAUT
DEVANT LES TRIBUNAUX
DE COMMERCE**

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

La Procédure par défaut devant les Tribunaux de Commerce

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 5 juin 1943, à 14 heures

PAR

Jacques NÉRET-MINET

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. SOLUS, Professeur

Suffragants : MM. AMIAUD, Professeur
LÉON MAZEAUD, Professeur

Lucien CARIO, Imprimeur
13, Pass. Trubert-Bellier
PARIS (XIII^e)
1943



INTRODUCTION

C'est une opinion généralement répandue à l'heure actuelle que l'on ne peut confier aux particuliers dont les droits ont été méconnus le soin de se faire justice eux-mêmes. Ce serait consacrer un régime de violence, négation de tout ordre social. En enlevant aux particuliers la faculté d'exercer leurs droits par la force, la société a dû assumer elle-même la protection de ses droits et le jugement des contestations nées de leur exercice. C'est par l'établissement des tribunaux et des règles de procédure que l'Etat garantit à tous et à chacun en particulier les droits qui leur appartiennent. Ces règles indiquent le chemin par lequel on arrive à la justice, à la reconnaissance et à la réalisation des droits. Par les actes et les formalités qu'elles imposent aux parties comme au juge, elles tendent à maintenir l'arbitraire dans des limites compatibles avec une bonne administration de la justice et à permettre — dans la mesure du possible — la connaissance exacte des faits et la juste application des lois.

Or, l'ensemble de ces normes qui organisent la marche et l'instruction du procès, suppose, en général, la collaboration active des deux parties dont les intérêts sont opposés; la présence de celui qui réclame et de celui qui conteste; de celui dont le droit doit être protégé et de celui contre qui il doit être protégé.

Dans ce cas normal où un débat contradictoire a lieu devant les tribunaux, une protection analogue peut être accordée aux deux parties qui sont en mesure d'exposer librement leurs arguments et éclairer le juge. Par contre, cet équilibre est rompu lorsque *l'une* des parties n'est pas représentée dans l'instance. Qu'elle fasse défaut dès le début ou seulement plus tard au cours du procès; qu'elle s'abstienne volontairement ou involontairement, le résultat est le même: le débat ne peut revêtir un caractère contradictoire, le jeu idéal des règles de procédure est faussé.

Cette attitude de l'une des deux parties crée une situation délicate et qui pose au législateur un problème difficile. Quel

sera le rôle du juge? Comment devra-t-on interpréter l'absence d'une partie? Quels effets lui attribuer?

En réalité — et malgré certaines atténuations apportées à ce principe, le rôle attribué au juge par la procédure civile française est un rôle passif, un rôle d'arbitre. Le juge n'instruit pas d'office.

Or, en cas du défaut d'une partie — surtout en cas de défaut du défendeur — il se trouvera entre deux lutteurs qui sont placés dans des conditions inégales.

Quelque défaut que le défendeur fasse, la partie n'est pas égale entre lui et la partie adverse, observent MM. Garsonnet et César-Bru dans leur traité (t. VI - n° 220).

Y a-t-il défaut faute de comparaître? Le demandeur a connu la demande puisqu'il a lancé l'exploit d'ajournement; le défendeur l'ignore ou, ce qui revient au même, il est présumé l'ignorer. N'y a-t-il que défaut faute de conclure, le demandeur a déduit ses prétentions dans l'exploit ou dans les conclusions qui l'ont suivi; le défendeur n'a pas fait connaître les siennes et le tribunal ignore ses moyens de défense.

Des mesures de protection en sa faveur s'imposent. D'ailleurs même si on reconnaît au juge un plus large pouvoir d'investigation et une partie plus active dans l'instruction du procès, il restera néanmoins à craindre, qu'à cause de l'absence d'une partie, il ne parvienne qu'à une connaissance imparfaite, voire même inexacte des éléments de la cause et ne rende en conséquence une décision erronée, nuisible autant aux intérêts du défaillant qu'au prestige de la justice elle-même.

Il est évident que les mesures de protection supplémentaires que le législateur édictera en faveur du défaillant seront en fonction de l'interprétation qu'il donnera à son absence.

Or, plusieurs raisons ont pu la déterminer.

Tout d'abord — s'il s'agit du défendeur — il se peut très bien qu'il ait ignoré l'existence du procès qui lui a été intenté, l'assignation ne lui étant pas parvenue. Un empêchement de force majeure pourrait expliquer également l'absence le jour du procès, aussi bien du demandeur que du défendeur.

Dans ces cas, le défaut serait involontaire. Mais il peut aussi être voulu par le défaillant. Les raisons qui ont pu le déterminer à prendre ce parti peuvent, elles aussi, être différentes.

Le défendeur peut estimer que la demande formée contre lui est fondée et qu'il est inutile de se défendre. Son inaction constituerait l'aveu implicite de ce que les prétentions de l'adversaire sont fondées.

Le demandeur a pu, au cours de débats, se rendre compte que son action n'avait aucune chance d'aboutir et se désister de cette façon. A l'opposé de cette hypothèse, se trouve celle d'un défendeur ou demandeur qui trop sûr de son droit, considère inutile sa présence au débat et fait entière confiance au juge qu'il croit déjà suffisamment éclairé par les actes du procès.

Ou, encore, et ce n'est certainement pas le cas le plus rare, le défaut peut répondre à un pur calcul de la part du défendeur, qui, n'ayant aucune confiance dans le mérite de sa cause, cherche uniquement à gagner du temps, ou, de la part du demandeur, qui n'a intenté son action que par esprit de chicane, ou qui fait traîner l'instruction en longueur en attendant un moment plus favorable: le retour d'un témoin, momentanément absent, ou un changement dans la composition du tribunal (1).

Ces divers motifs qui ont pu causer l'absence d'une partie, et surtout leur valeur morale, vont déterminer les règles que le législateur édictera en conséquence. Ces règles tendront d'une part à assurer à la partie défaillante la possibilité de se défendre, — car suivant un principe du droit naturel, personne ne doit être condamné irrévocablement avant d'avoir été mis à même de se défendre —, et d'autre part, à déjouer les calculs de ceux qui chercheraient à user du défaut comme procédé dilatoire. La première de ces tendances s'exercera en faveur du défaillant, la seconde en faveur de son adversaire. Car celui-ci a un intérêt très légitime à ce que la solution rapide et définitive du procès soit assurée.

En organisant des procédures spéciales en cas de défaut, inspirées d'une idée d'équité, toutes les législations ont cher-

(1) GARSONNET et CÉZAR BRU, VI-462.

ché avec plus ou moins de succès à concilier les intérêts opposés que cette situation met en présence.

Les solutions adoptées varient suivant l'époque et le pays.

Les anciennes législations considéraient que la présence des deux parties était nécessaire pour que l'instance soit liée. Et si elles ne prévoyaient pas à proprement parler une procédure spéciale en cas de défaut, elles étaient obligées, par contre, d'organiser des moyens de contrainte, pour obliger le défendeur à comparaître.

C'était encore la conception du droit romain, de la procédure des actions de la loi et de la procédure formulaire; tout au moins en ce qui concerne la première partie du procès qui se déroulait devant le magistrat (1).

Mais déjà, dès cette époque, le défaut pouvait se produire dans la deuxième phase du procès, *apud judicem* et, dans ce cas, suivant la règle de la Loi des XII Tables (2), le juge était obligé d'adjuger le litige du plaideur qui s'est présenté devant lui, à moins que la partie adverse ne se soit fait valablement excuser (3).

Avec la procédure extraordinaire qui n'a plus un caractère arbitral, où le magistrat juge en qualité de représentant de l'autorité publique, apparaît une procédure spéciale par défaut. Le défaut peut se produire du commencement à la fin de la procédure (4). La protection du défaillant est assurée par une procédure de sommations successives et par le fait que le juge n'est pas tenu de donner gain de cause au demandeur (5).

De nos jours, depuis longtemps déjà, il n'y a plus de contrainte organisée (6) contre le défendeur qui ne veut pas se

(1) R. MONIER, *Manuel Elém. de Droit Romain*, Ed. 35, p. 164, 188. — GIRARD, Ed. 1929, *Manuel Elém. de Droit Romain*, p. 973, 1101.

(2) GIFFARD, *Leçons sur la procédure civile romaine*, 1932, p. 184.

(3) MONIER, p. 234. — GIRAUD, p. 1075.

(4) XII, Tab. 1.6 : *Uost meridiem praesenti litem addicito*.

(5) MONIER, p. 165. — GIRARD, p. 1035. — *Le défaut in judicio*, 1912.

(6) Le droit canonique prononçait encore l'amende, la suspension ou la déchéance de son bénéfice et même l'excommunication contre le défendeur qui faisait défaut (GARSONNET et CÉZAR BRU, VI-425. — Paul FOURNIER, *Des Officialités au Moyen-Age*, p. 170). — Au cours du Moyen-Age, le défaut est considéré comme une injure faite à la justice; le défaillant, quel que soit le mérite de sa cause, est condamné à une amende envers le seigneur ou les juges. (*La Procédure par défaut et l'opposition devant le Tribunal Civil*, p. 15.)

présenter devant le tribunal, pour le forcer à comparaître. Il y a obligation de comparaître, mais la sanction de cette obligation est l'éventualité d'une condamnation par défaut. Ce en quoi les législations modernes diffèrent, ce sont les conditions dans lesquelles elles permettent au juge de prononcer un jugement par défaut.

Et nous retrouvons dans les lois actuellement en vigueur dans les divers pays, les deux solutions connues du droit romain: celle plus expéditive des XII Tables, qui oblige le juge à adjuger le procès à la partie présente et celle plus soucieuse des intérêts du défaillant et d'une bonne justice, du temps de la procédure extraordinaire.

Au point de vue législatif, ces solutions différentes s'expliquent par les diverses interprétations qu'on peut donner à l'absence de l'une des parties; elles sont également en fonction de la plus ou moins grande faculté accordée au défaillant de faire opposition au jugement rendu.

C'est la première solution qu'a choisie la Loi sur la procédure civile du canton de Genève du 20 Septembre 1819 (1), loi qui a régi tant de codes ultérieurs. Pour justifier le choix, l'exposé des motifs dit « le silence du défendeur annonce suffisamment que le droit est contre lui, qu'il n'a rien à dire » (2). Le droit allemand considère également l'absence d'une partie comme un aveu (3).

Les rédacteurs du Z.P.O. (*Zivil Procès Ordnung*) ont voulu organiser la procédure par défaut de la façon la plus simple.

Ils ont obtenu ce résultat en admettant que la partie qui ne prenait pas part aux débats oraux, renonçait soit à la contestation des faits allégués (4). Il est évident que cette solution doit avoir comme contre-partie la faculté de faire opposition, accordée de la façon la plus large.

Mais, en dehors de cette réserve, le jugement rendu est un jugement ayant toute la force de l'autorité de la chose jugée.

(1) Art. 130, 131.

(2) *Loi sur la procédure civile du Canton de Genève*, suivie de *L'Exposé des motifs*, par P.-F. BELLOT, 1837, p. 127.

(3) Art. 330, 331 (dans la réd. du 8 Novembre 1933).

(4) Albert CHÉRON et Georges NUHLEISEN : *Précis de Procédure locale*, 1930, p. 248.

Les auteurs du code de procédure français ont été plus prudents. Ils ont considéré que le défaut d'une partie peut avoir plusieurs motifs, motifs indépendants de sa volonté ou motifs respectables; ils ont voulu donc une solution plus nuancée, plus propre à assurer une bonne administration de la justice. Il fallait éviter qu'une décision reconnaisse des droits qui n'existent pas. L'exposé des motifs fait par Treilhard, orateur du Gouvernement, dans la séance du Corps Législatif du 4 avril 1806, résume très bien ces scrupules:

« Au premier coup d'œil, la matière ne peut présenter aucune difficulté: on doit prononcer contre celui que son absence seule semble condamner. Cette absence cependant peut être excusable et forcée. *Elle ne peut d'ailleurs donner un droit à un adversaire qui n'en aurait pas.* Les juges doivent donc regarder comme une de leurs premières obligations, celle de vérifier avant de l'adopter, la demande de la partie qui se présente. *L'extrême confiance dans la justice et dans la sagacité du juge a, peut-être, seule empêché que le défendeur ne comparût;* devait-il être puni de ce sentiment si honorable pour le Tribunal (1). »

De là l'obligation pour le juge de n'adjuger les conclusions au demandeur que « si elles se trouvent justes et bien vérifiées », de là, diverses mesures de protection: signification par huissier commis, péremption du jugement.

Le code de procédure civile fut parmi les codes français, celui qui fut le plus critiqué. On lui reprochait de rendre la marche de la justice longue et coûteuse. Déjà Bellot, l'un des auteurs de la loi sur la procédure civile du Canton de Genève, observait, il faut le reconnaître: le législateur français ne sut point ici sortir de l'ornière profonde qu'avait creusée une pratique de plusieurs siècles et s'élever à cette hauteur de vues à laquelle étaient dues plusieurs lois civiles et les changements opérés par l'Assemblée Constituante dans la législation criminelle. Il ne sut point dégager l'administration de la justice de ces formalités multiples, sans objet, ou purement fiscales, qui en encombraient l'accès et que sous le prétexte d'écarter la chicane, la chicane elle-même avait été introduite (2).

(1) TREILHARD : *Exp. des Motifs du c. p. c.* — LOCRÉ, XXI, p. 537.

(2) Page 3.

Les auteurs du code de procédure civile ont très souvent maintenu en vigueur les dépositions et pratiques existantes. « Nous n'avons pas hésité, a dit Treilhard, à conserver tout ce qui nous a paru sage et utile dans les règlements relatifs à la procédure et nous avons beaucoup conservé (1). »

La doctrine ultérieure leur a reproché d'avoir trop conservé (2). Le code de procédure a donc vieilli plus vite que les autres. Il était en réalité plus vieux.

« Si l'on songe que, préparé par des hommes de loi qui étaient familiers avec la procédure de l'Ordonnance de 1667, il s'était bien souvent inspiré des solutions de cette dernière, on ne peut manquer d'estimer que notre loi de procédure civile est plus vieille encore que ne l'indique sa date de naissance », observe M. Solus (3).

Aussi sa réforme fut envisagée de bonne heure (4).

Des commissions furent nommées, qui entreprirent des études consciencieuses et rédigèrent des avant-projets. Mais ces projets, même quand ils furent adoptés par le gouvernement et déposés devant les Chambres, n'aboutirent pas. Ils se heurtaient à l'indifférence du Parlement.

Peu de lois modifièrent le texte original du Code. Le décret-loi du 30 Octobre 1935, rendu en vertu d'une très large interprétation de la loi du 8 Juin 1935, qui autorisait « le gouvernement à prendre par décret toutes dispositions ayant force de loi pour défendre le franc » a pu apporter au code de procédure d'importantes modifications sans suivre la marche longue et compliquée de la procédure parlementaire. Le but que ses auteurs se proposaient était de « porter re-

(1) LOCRÉ, XXI, p. 11.

(2) ALBERT TISSIER : *Le Centenaire du Code de Procédure et les projets de réforme*, Rev. Trim. de Dr. Civil, 1906, 625.

(3) SOLUS : *Revue des Vivants*, Mai 1935, p. 650.

(4) La réforme du code fut envisagée déjà en 1848 par le gouvernement provisoire. En 1862, une grande commission extraparlamentaire fut nommée. Une seconde fut nommée en 1883. Ses travaux aboutirent à la rédaction d'un projet de loi en 1890, adopté par le gouvernement (*Doc. Parlam., Chambre 1890*, n° 418). Ce projet, complété et modifié par la Commission de la Chambre, devint le projet de 1894 (*Doc. Parl., Chambre 1894*, n° 596). Il ne fut jamais discuté par la Chambre. Une troisième commission fut nommée en 1905; elle se sépara en 1909 sans avoir pu terminer son travail. Une quatrième commission nommée en 1920, interrompit ses travaux après avoir constaté l'indifférence du Parlement. Finalement une commission extraparlamentaire fut nommée en 1934. Le décret-loi du 30 Oct. 1935 est l'un de ses travaux.

mède aux défauts les plus criants et aux abus les plus certains d'un formalisme suranné » (1), de réduire les formalités, d'accélérer la marche de la justice, car « tout le monde est d'accord pour reconnaître que les complications et les lenteurs de notre procédure ne sont plus en accord avec les conditions et les exigences de la vie moderne ».

Il est évident qu'une procédure trop lente, trop compliquée ou trop coûteuse ne peut plus atteindre son but social et économique. Or, la cause de la longueur des procès consiste en partie, suivant la juste observation de M. Solus, dans une série de mesures que la procédure met à la disposition des plaideurs et que ceux-ci lorsqu'ils sont animés de l'esprit de chicane ou du désir de gagner du temps, ne manquent pas, en les détournant de leur but légal d'utiliser comme moyens dilatoires.

Le défaut, ou plutôt la procédure par défaut, telle qu'elle était réglémentée par le code de procédure civile, fut toujours considérée comme une de ces mesures qui peuvent être utilisées pour empêcher la prompt solution d'un litige.

La conviction que le législateur avait exagéré sa (2) bienveillance pour le défaillant était générale. Il est donc naturel que les auteurs de la réforme aient considéré la modification de cette procédure comme une des mesures les plus urgentes.

« La matière des jugements par défaut et des oppositions est peut-être celle qui appelle la plus urgente réforme » dit le rapport (3).

Le décret-loi apporte des modifications très importantes à ces matières, aussi bien quand il s'agit de la juridiction des tribunaux civils (art. 3) que de la juridiction des tribunaux de commerce (art. 9). Mais la technique qu'il a adoptée pour le dernier cas est assez défectueuse.

Le décret-loi se contente dans son article 9 d'abroger l'article 643 du code de commerce.

Quelles sont les conséquences de cette abrogation. Cet article renvoyait à certains articles, Livre II du titre VIII du Code de procédure civile, relatif au jugement par défaut et

(1) Rapport précédant le décret D. 1935-4.421.

(2) GARSONNET et CÉZAR BRU, VI, p. 445.

(3) Déjà le projet de 1894 modifiait la procédure par défaut en supprimant le défaut faute de conclure.

à l'opposition. Ces articles ne seront donc plus appliqués en matière commerciale, pas plus que les autres articles du même titre.

Or, c'est par les modifications de ces articles que les règles nouvelles concernant le défaut furent introduites dans le code. Elles ne concerneraient donc pas le défaut en matière commerciale. Quelles dispositions régiraient alors le défaut en matière commerciale? Uniquement celle du titre XXV, Livre II du Code de procédure civile auxquelles renvoyait l'article 642 du Code de Commerce.

La procédure par défaut en matière commerciale serait alors différente de celle prescrite en matière civile. Mais on peut également se demander si les réformes introduites en matière civile ne répondent pas à des nécessités encore plus impérieuses en matière commerciale et si elles ne doivent pas être appliquées en cette matière également. L'abrogation de l'article 643 du Code de Commerce pose donc à l'interprète, des problèmes aussi délicats qu'avait posés son existence.

Dans le présent ouvrage, nous essaierons d'étudier la procédure par défaut devant les Tribunaux de Commerce, telle qu'elle se présente après la réforme de 1935.

La procédure par défaut

Nous étudierons tour à tour trois hypothèses dans lesquelles un jugement par défaut peut être obtenu et les solutions apportées par les lois récentes notamment le D.-L. de 1935 et par la jurisprudence :

1° Le cas du défaut d'un défendeur unique;

2° Le cas où il y a plusieurs défendeurs et où tous ou quelques-uns font défaut;

3° Finalement, celui, plus rare, mais néanmoins rencontré assez souvent dans la pratique, où c'est le demandeur qui abandonne l'instance commencée. Il se peut que le défendeur ait un intérêt à ce qu'un jugement soit rendu.

Nous examinerons dans trois chapitres successifs ces trois situations.

CHAPITRE PREMIER

DU DEFAUT D'UN DEFENDEUR UNIQUE

La procédure à suivre devant les tribunaux de commerce et, d'une manière générale en matière commerciale est réglementée par le titre XXV, livre II du Code de procédure civile, et le titre III, livre IV du Code de Commerce.

Les dispositions de ces deux titres ont pour objet de faire connaître sous quels rapports la procédure commerciale présente des particularités. La rapidité nécessaire aux transactions commerciales s'accommoderait mal des lenteurs de la procédure ordinaire. Des dispositions spéciales rendent donc cette procédure plus expéditive, plus simple. Elle est encore plus expéditive que la procédure sommaire.

Toutefois, en l'absence de dispositions spéciales édictées en matière commerciale, c'est la procédure de droit commun qui s'applique (voir à ce sujet les articles 417, § 3 CPC 432 et 433 CPC).

En un mot, les règles de procédure civile doivent donc être suivies dans tous les cas où les règles spéciales des articles 642 et suivants du Code de Commerce et 414 et suivants du Code de Procédure Civile sont muettes, et où elles ne sont pas contraires à l'esprit du droit commercial (1).

En raison de cette observation, il est nécessaire d'exposer brièvement les règles qui régissent le défaut en matière civile, avant d'aborder l'étude de la procédure par défaut devant les tribunaux de commerce.

(1) GLASSON, II, 548. — GARSONNET et CÉZAR BRU, II, 645.

La procédure par défaut en matière commerciale est réglementée par le législateur — en partie — par un renvoi à des textes concernant le défaut en matière civile (art. 643 du Code de Commerce). Elle a été développée par la jurisprudence en prenant comme modèle le défaut civil. La réforme du décret-loi de 1935 qui a remanié le défaut civil a soulevé en matière commerciale d'importantes questions notamment au sujet de la suppression du défaut faute de conclure.

Textes et évolution jurisprudentielle imposent donc ce plan.

SECTION I

Le défaut en matière civile

§ 1. — *Le défaut d'après le Code de Procédure Civile avant la réforme du D.-L. de 1935.*

Le défendeur peut faire défaut de deux manières, soit en n'acceptant pas l'instance, en l'empêchant de se lier, soit en désertant l'instance après l'avoir acceptée.

Il y a là deux situations différentes.

Dans le premier cas, le défendeur n'accepte pas le débat, il n'y a pas paru et on ne sait même pas s'il pouvait y paraître.

Dans le second cas, il a commencé par accepter, puis, sur un point du procès, il reste — volontairement, le plus souvent —, involontairement quelques fois, étranger au débat.

Le législateur peut attribuer des conséquences différentes à ces deux situations; il peut également considérer qu'elles doivent produire les mêmes effets. Ainsi le Code de Procédure allemand ne connaît qu'un seul défaut « défaut faute de prendre part aux débats ». Que le défendeur soit défaillant dès le début du procès ou seulement ultérieurement à un moment donné du procès, le résultat est le même: jugement par défaut, avec droit pour le défaillant de faire opposition.

Notre Code de Procédure Civile attachait des effets différents à la défaillance du défendeur, suivant qu'elle se pro-

duisait au début du procès ou ultérieurement après sa comparution. Il distinguait le défaut faute de comparaître et le défaut faute de conclure, réduisant ainsi à deux la multiplicité des défauts connue par le droit antérieur (faute de se présenter, faute de constituer procureur au greffe, faute de défenses, faute de plaider) et qui retardait le jugement outre mesure.

Le ministère des avoués étant obligatoire devant les tribunaux civils, la distinction — dans le système du code — est aisée. Il y a défaut faute de comparaître chaque fois qu'il n'y a pas constitution d'avoué, car, comparaître et constituer avoué sont synonymes devant les tribunaux de première instance (1).

Par contre, dès qu'un avoué a été constitué, il ne peut plus y avoir défaut faute de comparaître car l'avoué constitué est considéré comme occupant tant qu'il n'a pas été remplacé par un autre (2).

Si l'avoué ne se présente pas, ou se présente, sans conclure, à l'audience où les conclusions doivent être prises, il y a défaut faute de conclure. Dans les deux cas, sur réquisition du demandeur, le juge est obligé de donner défaut contre le défaillant et juger par défaut, c'est-à-dire se prononcer sur la demande en l'absence du défendeur et adjuger au demandeur ses conclusions, mais seulement « si elles se trouvent justes et bien vérifiées » (art. 149, 150). Le jugement ainsi obtenu est un jugement quant au fond, mais susceptible d'une voie de recours spéciale, l'opposition.

*
**

La distinction des deux défauts acquiert une importance pratique, dès qu'on considère la force reconnue par le législateur au jugement ainsi obtenu et les conditions et délais dans lesquels le droit d'opposition peut être exercé. Ces différences sont inspirées de l'idée que le défendeur qui n'a pas comparu doit être protégé davantage étant donné qu'il a pu ignorer complètement l'existence du procès intenté contre lui. C'est pourquoi le jugement par défaut faute de com-

(1) GARSONNET et CÉZAR BRU, VI, p. 414.

(2) GLASSON, TISSIER, III, p. 217. — GARSONNET, CÉZAR BRU, VI, p. 418.

paraître doit être signifié par un huissier commis, soit par le tribunal, soit par le juge au domicile du défaillant, désigné par le tribunal (Art. 156, Code de Procédure Civile). Cette règle n'est pas applicable aux jugements par défaut faute de conclure.

Le jugement par défaut faute de comparaître est périmé lorsqu'il n'est pas exécuté dans les six mois de son obtention (Art. 156, Code de Procédure Civile).

Aucune disposition semblable n'est prévue pour un jugement par défaut faute de conclure. Il reste donc soumis à la prescription ordinaire.

L'opposition contre un jugement par défaut faute de comparaître est recevable jusqu'à ce que le jugement ait été exécuté (Art. 158, 150 Code de Procédure Civile). Contre un jugement par défaut faute de conclure, l'opposition n'est recevable que dans un délai de huitaine à compter de sa signification (Art. 157, Code de Procédure Civile).

Tel était — exposé brièvement — le système du Code de Procédure Civile.

§ 2. — *Règles applicables depuis la réforme de 1935.*

La grande réforme réalisée par le décret-loi de 1935 en notre matière, c'est la suppression du défaut faute de conclure.

Le fait de ne pas exciper ses moyens de défense, de conclure, subsistera toujours, étant donné l'impossibilité de contraindre le défaillant à déposer ses conclusions, fait volontaire d'abstention du plaideur.

La seule possibilité qui s'offrait au législateur a été d'essayer de le forcer à se défendre en lui créant une situation moins favorable par exemple, en le privant du privilège qu'est l'opposition.

Telle est la solution adoptée actuellement dans notre procédure française.

Le défendeur qui comparaît, donc qui a été averti du procès, moins digne d'intérêt que le défendeur qui ne comparait pas et peut n'avoir pas été touché par l'exploit introductif d'instance, par conséquent ignorer le procès dirigé contre lui, se voit refuser la voie de recours supplémentaire qu'est l'opposition, qu'il ait négligé ou qu'il ait refusé de conclure.

Le jugement rendu en ce cas ne peut être en fait contradictoire, mais par une fiction de la loi, est réputé contradictoire.

Le défendeur n'aura plus à sa disposition un moyen pour reprendre l'instance devant la même juridiction. Le jugement rendu ne comportera plus les effets d'un jugement par défaut.

C'est là une des réformes réclamées depuis longtemps. Le projet de 1894 avait déjà supprimé le défaut faute de conclure et nous pouvons lire dans l'exposé des motifs quelle fut la raison de cette suppression :

« Sans doute protection est due aux défaillants, dit l'exposé. Mais si le défaut peut avoir une excuse légitime, il importe aussi d'assurer les effets des décisions judiciaires et il convient de prévoir le cas où le défaut ne constituerait qu'une ruse pour entraver indéfiniment l'exécution des jugements (1). »

La doctrine signalait depuis longtemps le défaut faute de conclure comme un de ces moyens dilatoires dont les parties se servent pour empêcher une prompt solution du litige.

Sous la plume de M. Solus, on pouvait lire : « Il est urgent que disparaisse de notre loi le défaut faute de conclure. Que la loi se montre tolérante à l'égard du plaideur qui n'a pas constitué avoué, qui n'a pas comparu, soit il a pu ne pas être touché par l'assignation et ignorer le procès dirigé contre lui. Mais lorsqu'il en a eu connaissance et que volontairement il a refusé de produire ses moyens de défense, la loi doit être sans mansuétude pour lui (2). »

Aussi la réforme fut-elle généralement bien accueillie par la doctrine (3). « Cette réforme est excellente », s'écrie M. Cézair Bru dans le Supplément III du Traité, page 171.

Il est évident que le défaut faute de conclure pouvait être employé avec beaucoup d'efficacité, par un plaideur de mauvaise foi, comme procédé dilatoire. Les affaires dans lesquelles un avoué n'avait pas conclu n'étaient pas dispensées du rôle, comme dans le cas de non comparution du défen-

(1) *Doc. Parlem., Chambre 1894*, n° 596.

(2) *Revue des Vivants*, opus. cité.

(3) GARSONNET et CÉZAIR BRU, *Supplément III*, p. 171. — STÉFANI, p. 67-68.

deur. Il s'écoulait ainsi parfois plusieurs mois entre la date de l'assignation et celle du jugement, lequel pouvait être encore frappé d'opposition.

Certains auteurs se sont demandés cependant si cette manière plus expéditive d'aboutir à un jugement définitif n'est pas obtenue au prix du sacrifice des droits de la défense (1).

Ils partent surtout de l'idée que le défaut pourrait être employé comme un moyen légitime de défense, qu'il pourrait notamment permettre au défendeur de gagner le temps nécessaire pour préparer sa défense. Mais à cette fin, les délais prévus par la loi et les remises accordées par les tribunaux, sans compter le rôle toujours long à subir, sont largement suffisants.

Le défaut faute de conclure répondait à une autre nécessité. Il tendait à prémunir le justiciable contre les effets d'un jugement pris contre lui à l'improviste par la partie adverse.

Le législateur de 1935, conscient de cette nécessité, a prévu certaines mesures de précautions destinées à éviter que l'une des parties ne tente de surprendre son adversaire en prenant rapidement jugement contre lui, sans qu'il ait eu le temps de faire valoir ses arguments.

Le jugement réputé contradictoire ne peut être obtenu en l'absence du défendeur qui n'a pas conclu qu'en suivant la procédure prescrite par l'article 154 *bis*, ainsi conçu :

« Si l'avoué du défendeur ne dépose pas de conclusion, le demandeur peut poursuivre l'audience sur avenir visant l'application du présent article et, après un délai de 15 jours francs, requérir l'adjudication de la demande. »

Ainsi cette procédure spéciale élimine toute possibilité de surprise. Le demandeur ne pourra obtenir un jugement réputé contradictoire qu'après avoir signifié à l'avoué de son adversaire son intention de le demander et après avoir laissé s'écouler un délai de quinze jours francs entre la date de la signification de l'avenir et le jugement qui sera rendu, délai suffisamment long pour permettre à l'avoué du défendeur de déposer ses conclusions.

Dans la pratique, l'on commence par donner d'abord avenir ordinaire, l'avenir visant l'article 154 *bis* n'est générale-

(1) VANLAER, p. 50-63. — HÉBRAUD : *Revue Critique*, 1936, p. 89.

ment délivré à l'adversaire qu'au moment où les parties sont convoquées à l'audience spéciale du juge commissaire chargé de suivre la procédure.

Avec toutes ces précautions, le défendeur est mal fondé à se plaindre qu'un jugement est intervenu en son absence, ou trop rapidement pour qu'il ait eu le temps de rassembler les éléments de sa défense.

Quant au défaut faute de comparaître, il ne subit par le décret-loi de 1935, que quelques modifications de détail, destinées à permettre « plus facilement de rendre le jugement par défaut définitif, sans néanmoins supprimer la garantie de l'opposition » (1).

L'essence même de l'institution ne fut pas changée. Le juge ne pourra pas rendre d'office un jugement et il ne pourra adjuger les conclusions du demandeur que si elles se trouvent justes et bien vérifiées.

Le jugement ainsi rendu sera signifié par huissier commis (Art. 156). Le nouveau texte précise que l'huissier sera commis soit par le jugement qui a prononcé le défaut, soit par une ordonnance rendue ultérieurement sur requête par le président du tribunal duquel émane le jugement à signifier.

L'exécution du jugement n'est plus exigée pour empêcher la péremption du jugement, sa signification dans les six mois qui suivent son obtention suffit pour produire cet effet. Quant à l'opposition contre le jugement ainsi rendu, elle ne sera plus recevable que dans un délai d'un mois à compter de la signification, si cette signification a été faite à personne. Elle restera par contre, comme avant la réforme, recevable tant que le jugement n'a pas été exécuté si la signification n'a pas été faite à personne. Simplification et rapidité sont deux des avantages essentiels de cette réforme qui se justifie par la nécessité de sauvegarder les intérêts du demandeur qui a besoin d'une solution rapide; et du défendeur auquel doit être ménagé la possibilité de se défendre contre un jugement qui peut avoir été rendu contre lui sans qu'il en ait eu connaissance que par la signification à partie ou par l'exécution.

(1) *Rapport D.*, 1935. 4. 421.

Le nouveau délai d'un mois est nécessaire mais suffisant pour lui permettre de s'opposer à la décision.

Finalement le décret-loi de 1935 introduit un nouvel article, l'article 162 *bis*, qui met à la charge du défaillant, même s'il triomphe sur l'opposition, le supplément de frais occasionné par son défaut. Le décret-loi admet toutefois qu'en égard aux circonstances, le tribunal peut l'exonérer en tout ou partie desdits frais.

Le système du droit français actuel, en cas de défaut du défendeur en matière civile, se présente donc sous les traits caractéristiques suivants: distinction entre la situation d'un défendeur qui ne comparait pas et celle d'un défendeur qui, après avoir comparu, refuse ou néglige de conclure.

Dans le premier cas: jugement par défaut, si le demandeur l'exige avec droit reconnu au défendeur de faire opposition.

Dans le deuxième cas: jugement ayant toute la force d'un jugement contradictoire, donc sans opposition possible, rendu après une procédure spéciale destinée à avertir le défaillant des conséquences de son abstention. Dans les deux cas, les conclusions ne sont adjugées au demandeur que si elles sont justes.

Dans la section suivante, nous nous appliquerons à déterminer si, dans l'état actuel de notre législation, le même système est adopté dans le cas où un procès se déroule devant un tribunal de commerce, dans quelles mesures les règles énumérées plus haut sont respectées en matière commerciale, dans quelle mesure la procédure par défaut devant les tribunaux de commerce s'écarte de la procédure civile. Mais auparavant, nous exposerons la solution admise avant la réforme de 1935.

SECTION II

Le défaut en matière commerciale avant 1935.

§ 1. — Solutions admises avant le Code de Commerce

Devant les tribunaux de commerce, le ministère des avoués n'est pas requis. Dès l'institution de la juridiction consulaire, l'avoué en tant qu'officier ministériel, en tant que mandataire officiel est interdit.

L'idée qui préside à cette mesure puise ses sources dans la croyance que la justice gagne en rapidité sinon en qualité en mettant les parties en présence. C'est l'espoir bien souvent fallacieux de la conciliation, de la transaction, du compromis, espoir de l'application de la maxime: « Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès », qui permet ainsi d'aboutir plus vite à la solution des litiges, en mettant face à face les deux parties adverses et en excluant tout intermédiaire. Les parties étaient donc obligées de comparaître en personne et défaut était donné contre l'assigné qui refusait ou négligeait de se présenter. S'il était empêché de le faire, il devait envoyer des explications écrites et signées par lui. Son silence seul le faisait condamner par défaut. La procédure employée était la même que celle devant les juridictions civiles et l'abus des réassignations y était également d'usage (1).

L'ordonnance de 1667 réagit contre les usages de la pratique qui allongeaient sans mesure la durée des procès. Elle supprime les réassignations et organise un nouveau système pour les « deffaux et congés ». Mais alors qu'en matière civile la procédure qu'elle prescrivait comportait trois délais successifs accordés au défendeur et des distinctions entre plusieurs défauts, portant toute une série de mesures qui protégeaient le défendeur défaillant. L'article 5 du titre XVI relatif à la procédure à suivre devant les juges des marchands, disposait simplement: « Si une partie ne compare pas à la première assignation, sera donné deffaut ou congé emportant profit. »

La seule mesure favorable au défaillant était celle de l'article 6 qui lui accordait le pouvoir de rabattre le jugement à l'audience suivante, pourvu qu'il sommât le demandeur à comparaître à ladite audience avec offre par lui de plaider de suite.

Ce système qui ne distinguait pas plusieurs défauts, qui permettait d'obtenir une décision dès que le défendeur faisait défaut, avait certainement l'avantage d'être très rapide, mais il négligeait peut-être trop les intérêts du défaillant qui, dans le cas où il n'aurait pas pris effectivement connaissance de l'assignation, pouvait se voir condamné sans avoir pu

(1) BOURBEAU, t. VI, p. 325. — CLOUZEAU.

se défendre. Les conseils de Paris considérèrent ce danger suffisamment grave pour qu'ils interviennent auprès du roi, demandant la modification de l'ordonnance sur ce point (1). Ils eurent gain de cause. Par arrêt pris en son conseil, le roi ordonna le 24 Décembre 1668 « que tous ceux qui n'auront point comparu à la première assignation, seront réassignés en la même forme et manière qui a été pratiquée auparavant, pour ordonnance et sans tirer à conséquence à l'égard des autres juridictions, desquelles Sa Majesté veut l'article 2 du titre des Congez et deffauts être ponctuellement observé ».

On revenait ainsi à l'ancienne pratique des réassignations. Toutefois la réassignation n'était faite qu'une fois, après quoi le tribunal statuait par défaut.

Telle était la solution de l'ancien droit dans sa dernière forme. La procédure par défaut devant les tribunaux de commerce était différente de celle prescrite pour les tribunaux civils.

Les auteurs du Code de Procédure Civile ont maintenu cette différence. En matière commerciale, il n'y a pas à distinguer entre différents défauts: « Si le défendeur ne comparait pas, il sera donné défaut et les conclusions du demandeur seront adjugées si elles se trouvent justes et bien vérifiées (art. 134). Pour l'opposition, un délai unique est adopté. Ce délai est un délai fixé à huitaine; il remplace la faculté de faire rabattre le défaut à l'audience suivante (art. 436), alors qu'en matière civile l'opposition en cas de défaut faute de comparaître est recevable jusqu'à l'exécution.

L'obligation de réassigner le défaillant est supprimé. Sur ce point, le Code de Procédure revient à la solution de l'ordonnance de 1667.

Les dispositions du Code de Procédure Civile ne furent pas longtemps à s'appliquer seules dans notre matière.

Moins d'une année après leur entrée en vigueur, le Code de Commerce fut promulgué et son article 643 déclare applicables aux jugements par défaut, rendus par les tribunaux de commerce, les articles 156, 158 et 159 du Code de Procé-

(1) BOURBEAU, continuation de BONCENNE: *Théorie de la Procédure Civile*, t. VI, p. 326.

ture Civile, relatifs aux jugements par défaut rendus par les tribunaux inférieurs.

La portée de cet article donna lieu à des discussions, mais son interprétation fut néanmoins fixée d'assez bonne heure par la jurisprudence.

§ 2. — *La procédure par défaut depuis la promulgation
du Code de Commerce.*

Quel fut le but poursuivi par les auteurs du Code de Commerce en rédigeant l'article 643? Le Code de Procédure Civile ne connaissait qu'une seule réglementation de la procédure par défaut devant les tribunaux de commerce. Cette procédure se rapprochait de celle admise en civil en cas de défaut faute de comparaître: pas de péremption de jugement, droit d'opposition pendant huit jours de la signification.

Toutefois cette signification devait se faire en droit commercial par huissier commis, alors que cette exigence n'existait pas pour le jugement par défaut faute de comparaître.

Les rédacteurs de l'article 643 ont-ils voulu par cet article purement et simplement changer le régime auquel le défaut était soumis en matière commerciale, supprimer l'opposition dans la huitaine pour adopter l'opposition jusqu'à l'exécution et modeler ainsi le défaut commercial d'après le défaut faute de comparaître? Ils auraient abrogé — dans ce cas — l'article 436 du Code de Procédure Civile pour le remplacer par les articles 156 et 159 du même code. Ont-ils, au contraire, voulu admettre les deux systèmes et introduire en matière commerciale la distinction admise en matière civile entre le défaut faute de comparaître et le défaut faute de conclure?

Telle fut la question que l'article 643 posait à la doctrine qui devait l'interpréter et aux tribunaux qui devaient l'appliquer.

La thèse d'un seul défaut eut tout d'abord un plus grand nombre de partisans.

Suivant l'opinion de Boitard (1), l'article 643 du Code de Commerce ne devrait soulever aucune difficulté. Il prescrit une règle unique pourvoyant aux exigences d'une hypothèse unique. Cette hypothèse est le défaut faute de comparaître. Quant au jugement rendu par le Tribunal de Commerce contre une partie qui comparaît en personne ou qui constitue un mandataire, il est, d'après cet auteur, réputé contradictoire, alors même que la partie aurait refusé de conclure.

Cette opinion est restée isolée. Les tribunaux ne l'ont jamais adoptée. Les conséquences d'une telle doctrine sont véritablement effrayantes, disait Bourbeau (2).

Un défendeur aura comparu devant la juridiction commerciale, puis les plaidoiries étant remises à l'audience prochaine, un obstacle imprévu, quelque affaire urgente, la maladie, la mort, laissent ses intérêts sans défense et le jugement qui interviendrait sera réputé contradictoire ! La voie de l'opposition serait refusée à la partie ou à ses représentants !...

En réalité, ce n'est pas ainsi que les partisans du défaut unique entendaient ces termes. Ils admettaient que le défaut pouvait intervenir avant ou après la comparution ; qu'en théorie, on pouvait distinguer un défaut faute de comparaître et un défaut faute de conclure et que, dans les deux cas, la voie spéciale de recours qu'est l'opposition est ouverte.

Mais pour eux, cette distinction n'avait aucune portée pratique. Dans les deux cas, les conséquences juridiques seraient exactement les mêmes. Cette assimilation de principes destinés à les régir était consacrée par le Code de Procédure Civile ; elle fut maintenue par l'article 643 du Code de Commerce qui n'a fait que substituer des règles nouvelles aux règles anciennes. Ces nouvelles règles sont celles appliquées en civile au défaut faute de comparaître (3).

D'assez nombreuses décisions avaient adopté, dans les quatre premières décades d'application du code, ce point de vue

(1) *Leçon de Procédure Civile*, t. II, p. 521.

(2) VI, p. 336.

(3) Dans ce sens : Demiau CROUZILHAC, *Instruction sur la procédure par les principes*, p. 319. — CARRÉ, *Procédure civile*, t. III, p. 98. — BOITARD et COLMET DAAGE, II, p. 745. — BRAVARD, VERRIÈRES et DEMANGEOT, p. 515.

et maintenu même après que la Cour de Cassation se fut prononcé en sens contraire (1).

Les arguments que les partisans de cette solution invoquaient en faveur de leur thèse sont les suivants:

Tout d'abord, ils faisaient observer que la raison même pour laquelle la procédure civile faisait la distinction entre les deux défauts, était la nécessité d'accorder une protection plus large à la partie qui n'avait pas d'avoué, qui n'a pas constitué avoué, donc qui n'a pas comparu.

Or, en matière commerciale, le défendeur se trouve toujours dans cette situation qui exige une plus grande protection. Il ne peut jamais constituer avoué. L'article 150 dit d'ailleurs: « Tous les jugements par défaut contre une partie *qui n'a pas constitué avoué...* » Il doit donc s'appliquer toujours en matière commerciale.

Si les jugements rendus par défaut faute de comparaître ont moins de force et d'autorité que les autres, c'est parce que la partie condamnée n'a pas eu d'avoué pour la défendre. Le jugement rendu par défaut en matière commerciale doit toujours être traité comme un jugement par défaut faute de comparaître.

En civil, seuls ces jugements sont soumis à l'obligation d'être signifiés par un huissier commis à cet effet. Or, l'article 435 du Code de Procédure Civile prescrit de signifier ainsi tous les jugements rendus en matière commerciale. C'est qu'il les assimile aux jugements par défaut faute de comparaître.

La Cour de Cassation n'a pas admis cette thèse. Dès le début, elle s'est prononcée pour l'existence de la distinction entre le défaut faute de comparaître et le défaut faute de conclure. Elle a maintenu ce point de vue en matière commerciale comme en matière civile.

L'article 436 du Code de Procédure n'a pas été abrogé par l'article 643 du Code de Commerce, mais seulement modifié.

(1) Paris, 22 Mai 1924. — S. 24.2.340. — Paris, 29 Juin 1925, 27 Septembre 1927, Tribunal de Commerce, Marseille, 7 Octobre 1928, Paris, 26 Août 1929. Rep. Sfr 2, p. 330. — Lyon, 30 Avril 1833, D. 1833.2.151. — Paris, 14 Juillet 1835, 26 Février 1836; *Rep. gén. Jugements par défaut*, n° 325. — Montpellier, 13 Novembre 1834, D. 1835.132. — Paris, 1^{er} Août 1844. — S. 1845.2.166. — Paris, 11 Juillet 844, S. 1845.2.166.

« Considérant, *en droit*, dit la Cour (1), que la disposition de l'article 436 du Code de Procédure était générale et qu'elle a été appliquée à tous les jugements par défaut, émanés des tribunaux de commerce, soit faute de comparaître, soit faute de plaider, jusqu'à ce qu'elle ait été modifiée. Que cette modification ait été faite par les articles 642 et 643 du Code de Commerce qui ont déclaré les articles 156, 158 et 159 du Code de Procédure applicables aux jugements par défauts rendus par les tribunaux de commerce; que lesdits articles 156, 158 et 159 ne sont relatifs qu'aux jugements par défaut rendus contre des parties qui n'ont pas constitué d'avoué, c'est-à-dire rendus par défaut faute de comparaître; que, conséquemment, ces articles ne sont déclarés applicables aux jugements par défaut rendus par les tribunaux de commerce que dans la même hypothèse, c'est-à-dire lorsqu'ils sont rendus faute de comparaître; d'où il résulte que l'article 436 du Code de Procédure a seulement été modifié en cette partie, mais non abrogé par l'article 643 du Code de Commerce. Et, en effet, loin de prononcer aucune abrogation, le Code de Commerce ordonna que son article 642 qui est à bien dire la première partie de l'article 643, que la forme de procéder devant les tribunaux de commerce sera suivie telle qu'elle est réglée par le Code de Procédure Civile. »

Ce fut la théorie dominante en doctrine (2) et la jurisprudence s'est fixée également dans ce sens (3).

La jurisprudence s'est vue dans l'obligation d'appliquer

(1) Civ., 13 Nov. 1922. — *Rep. D. Jugements par défaut*, n° 326.

(2) CHAUVEAU sur CARRÉ, t. III, quest. 1546, — BOURBEAU, t. VI, p. 328. — GLASSON sur BOITARD et COLMET DAAGE, II, 660. — GARSONNET et CÉZAR BRU, VI, p. 420. — CLOUZEAU, p. 33. — Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit Commercial*, I, 554; Thaller, *Traité de Droit Commercial*.

(3) Toulouse, 8 Mai 1824, S. 24. 2. 338. — Cas., 5 Mai 1824. — 7 Novembre 1827; 1^{er} Février 1841. — Paris, 16 Octobre 1845; D. 46.4351. — Montpellier, 19 Novembre 1852; D. 55.5.272. — Civ., 2 B. 8. 1865 D. 65. 1. 252. — Paris, 20 Novembre 1866; D. 66. 2. 205. — Nancy, 7 Mars 1868; D. 68. 2. 114. — Cas. Civ., 8 Avril 1865; D. 68.1.297. — Rep. 9 Mai 1870, D. 4. 1. 58. — Bordeaux, 15 Mars 1871, D. 72. 5. 287. — Amiens, 22 Mai 1872, D. 72. 2. 196. — Civ., 14 Janvier 1884, D. 84. 1. 249. — Civ., 14 Janvier 1880. — S. 80. 1. 160. — Civ., 14 Janvier 1884, D. 84. 1. 249. — Rep., 6 Août 1885; S. 89. 1. 294. — Civ., 11 Décembre 1889; D. 90. 1. 265. — Rep., 27 Avril 1895, S. 95. 1. 342. — Civ., 15 Juin 1895, S. 95. 1. 343; Rep., 15 Février 1910, S. 90. 1. 351. — Lyon, 25 Mai 1908, S. 1910. 2. 105. — Besançon, 25 Février 1910, S. 1912. 2. 35.

deux textes qui contenaient des règles différentes et contradictoires. Ces deux textes, comme l'a mentionné la Cour de Cassation, étaient en vigueur. Il fallait les concilier.

La jurisprudence l'a fait en décidant qu'un premier texte, *l'article 436, vise le défaut faute de conclure*, et un deuxième, *l'article 643 du Code de Commerce, le défaut faute de comparaître*.

L'existence de ces textes fut l'argument principal en faveur de la thèse qui admettait la distinction en commercial des deux défauts. Mais il ne fut pas le seul. Toujours sur le terrain de l'interprétation des textes, les auteurs faisaient remarquer que l'article 643 du Code de Commerce ne prescrivait pas expressément d'appliquer les articles 156, 158 et 159 du Code de Procédure à tous les jugements par défaut des tribunaux de commerce. Il signifiait seulement que ces articles s'appliquaient aux jugements commerciaux qui sont rendus contre partie.

Si on voulait rester fidèle au texte on ne pouvait pas étendre le terrain d'application de ces articles.

Rien n'annonce qu'en respectant ces dispositions, le législateur ait voulu en changer le sens, en étendre la portée, en agrandir le cercle. Il les désigne par leur numéro, il faut les prendre tels qu'ils sont sous ces numéros et s'il est clair, à n'en pas douter, qu'ils ne peuvent convenir par la nature de leurs dispositions, qu'à une certaine classe de jugements par défaut, il faudrait au moins un texte formel (et il n'existe pas), pour qu'il fût permis de les appliquer à tous (1).

En ce qui concerne le fondement de la distinction des deux défauts, il ne faut le voir que dans la nécessité d'une plus ou moins grande protection à accorder au défaillant.

Il réside dans la supposition que le défaillant, en cas du défaut de comparaître, n'a pas eu connaissance du procès. On présume que l'assignation ne l'a pas touché et qu'il ne sait rien de la demande et du procès qui s'en est suivi; or, cette présomption n'a plus de sens et les règles qui en découlent n'ont plus d'objet lorsqu'il s'agit d'un défendeur qui a répondu à l'assignation lancée contre lui (2).

(1) CHAUVEAU SUR CARRÉ, t. II, p. 370.

(2) GARSONNET et CÉZAR BRU, VI, p. 421.

Il ne restait plus qu'à préciser les cas dans lesquels il y avait défaut faute de comparaître et les cas dans lesquels il y avait défaut faute de conclure. Distinction plus délicate à faire en matière commerciale où la constitution d'avoué ne pouvait pas servir de critérium. La jurisprudence l'a faite en adoptant par analogie les solutions admises en matière civile et en décidant qu'il y a défaut faute de conclure lorsque le défendeur, après avoir comparu en personne ou par mandataire sur la citation, a ensuite refusé ou négligé de conclure.

Lorsqu'il y a eu comparution du défendeur sur l'assignation introductive d'instance, tous les jugements ultérieurs qui ne font que continuer l'instance sont, en l'absence du défendeur, rendus par défaut, faute de conclure; même dans les détails, à peu d'exceptions près, sous l'empire du Code de Commerce, la jurisprudence avait modelé la procédure par défaut en matière commerciale d'après celle prescrite en matière civile. Et on pouvait dire, et c'est la conclusion de l'ouvrage de M. Clouzeau, que « le législateur de 1808 et la jurisprudence sont arrivés presque aussitôt à reproduire devant les tribunaux de commerce la procédure du défaut civil » (1).

On pouvait certes critiquer cette jurisprudence, car il est difficile de concevoir un défaut faute de conclure quand il n'y a pas de constitution d'avoué, ni de conclusion écrite, remise au tribunal et qui soit la base officielle du débat (2).

Mais des considérations d'ordre pratique ont certainement joué en faveur de la solution admise.

Le législateur de 1806 avait organisé une procédure très simple en cas de défaut devant un tribunal de commerce : délai unique de huitaine pour former opposition au jugement par défaut quel qu'il soit. Mais des critiques lui furent adressées, il avait trop négligé l'intérêt du défaillant.

A l'époque de la rédaction du Code de Commerce, l'occasion se présente pour faire disparaître cette anomalie qui subordonnait la sécurité du défaillant à la nature du procès et à la différence de juridiction. Une disposition fut proposée et adoptée sans discussion, celle des articles 642 et 643 du Code de Commerce.

(1) CLOUZEAU, p. 108.

(2) GLASSON, TISSIER, MOREL, t. III, p. 238.

Il est probable que cette présentation des faits est historiquement exacte. Dans ce cas, si on n'admettait pas la distinction des deux défauts en matière commerciale et si on voulait appliquer toujours au défaut commercial les règles du défaut faute de comparaître, on arriverait à rendre la procédure commerciale moins expéditive que la procédure civile, par les mesures de protection prises en faveur du défaillant. Cela aurait été contraire au but même de cette procédure extraordinaire et la jurisprudence ne pouvait pas l'admettre.

SECTION III.

La procédure par défaut depuis la réforme du décret-loi de 1935.

§ 1. — *Le décret-loi concerne-t-il le défaut faute de conclure en procédure commerciale?*

Si nous avons insisté sur les discussions que l'interprétation de l'article 643 du Code de Commerce a fait naître et sur les difficultés dont il fut la cause, c'est parce que son abrogation par le décret-loi de 1935 est actuellement la source des difficultés non moins sérieuses.

C'est le même problème qui se pose: la réforme de 1935 a-t-elle supprimé ou non en matière commerciale, comme elle l'a fait en matière civile, la distinction des deux défauts? La formule employée par le législateur de 1935 n'a pas été plus heureuse que celle dont le législateur de 1808 s'était servi. L'article 9 du décret-loi abroge purement et simplement l'article 643 du Code de Commerce.

Quelle est la signification de cette disposition? Le rapport du Président de la République vient la préciser.

« Enfin, en même temps qu'il abroge des textes devenus
« inutiles ou incompatibles avec les règles nouvelles, l'art. 9
« réalise pour les tribunaux de commerce, une innovation
« correspondante à celles qui résultent de l'article 3 pour
« les jugements des tribunaux civils.

« Si, en effet, la procédure des juridictions consulaires, « telle qu'elle est organisée par le Code de 1806, est réputée « pour être simple, rapide et peu coûteuse, elle n'en a pas « moins été compliquée lors de la promulgation du Code de « Commerce par l'article 643 de ce Code, qui déclare appli- « cables aux tribunaux de commerce plusieurs articles rela- « tifs au défaut devant les tribunaux civils. L'application de « cette disposition a soulevé d'ailleurs de si grandes diffi- « cultés, qu'après plus de 100 ans, certaines d'entre elles ne « sont pas encore définitivement résolues. Cet article en tout « cas a eu pour conséquence de permettre en procédure com- « merciale quelques-uns des procédés dilatoires employés « en civil par certains plaideurs de mauvaise foi. L'abus en « a même été tel qu'une réforme immédiate s'impose ici plus « qu'ailleurs.

« Or, la mesure la plus simple et la plus sage consiste à « remettre en vigueur dans son intégralité, la procédure ins- « taurée par les rédacteurs du Code de 1806 qui avaient com- « pris que les nécessités du commerce et la sécurité des « transactions exigent une justice consulaire rapide et effi- « cace. L'article 9 du décret abroge en conséquence l'art. 643 « du Code de Commerce. »

Ces explications sont loin d'écarter tous les doutes que l'article 9 du décret-loi peut susciter.

Avant d'exposer dans la deuxième partie de ce paragraphe, la réglementation actuellement en vigueur de la procédure par défaut, nous nous arrêterons dans une première partie, à l'étude de l'idée générale de la réforme.

I. — IDÉE GÉNÉRALE DE LA RÉFORME

Par l'abrogation de l'article 643 du Code de Commerce, la dualité des textes relatifs au défaut, sur laquelle était antérieurement fondée la distinction du défaut faute de comparaître et du défaut faute de conclure n'existe plus.

Une seule série de texte est applicable au défaut devant le tribunal de commerce: les articles 424, 438 du Code de procédure civile. Doit-on en conclure qu'il n'y a plus en matière commerciale qu'un seul défaut: celui qui résulte de l'absence de comparaître du défendeur.

L'intention du législateur ne résulte pas très clairement de l'exposé des motifs cités. Il affirme d'un côté avoir voulu réaliser par l'article 9 pour les tribunaux de commerce, une innovation correspondante à celle qui résulte de l'article 3 pour les jugements des tribunaux civils. Or, en matière civile, le défaut faute de conclure a été supprimé et remplacé par une procédure spéciale qui permet d'aboutir à un jugement définitif, tout en respectant les intérêts légitimes du défaillant. Mais, d'autre part, le législateur affirme que cette innovation fut réalisée, en matière commerciale, par la remise en vigueur dans son intégralité de la procédure instaurée par les rédacteurs du Code de 1806.

Or, cette procédure, nous l'avons mentionné, admettait, d'après l'opinion de tous les auteurs, l'opposition, dans tous les cas, où le jugement a été rendu en l'absence du défendeur. Il y a donc une contradiction dans ce passage du rapport, contradiction qui laisse l'interprète seul en face des textes.

Deux voies lui étaient ouvertes : celle de l'interprétation littérale et celle de l'interprétation constructive.

M. Vanlaer (1) choisit la première de ces voies. Et s'il est parmi les auteurs seul à le faire, nombreuses furent par contre, comme nous allons le voir, les décisions judiciaires qui ont adopté son point de vue.

M. Vanlaer considère que les conséquences de l'abrogation de l'article 643 du Code de Commerce, pour la question que nous étudions en ce lieu, sont les suivantes :

a) les deux formes de défaut, faute de comparaître et faute de conclure sont maintenues ;

b) qu'ils soient rendus par défaut faute de comparaître ou par défaut faute de conclure, les jugements des tribunaux de commerce ne pourront être attaqués par la voie de l'opposition que dans la huitaine de la signification.

Le décret-loi n'a pas supprimé *le fait* du défaut faute de conclure. Il a seulement modifié les conséquences qu'entraîne cette attitude de la partie défaillante. Ces conséquences résultent de l'interprétation des textes.

(1) *Le régime français des jugements par défaut et des oppositions depuis le décret-loi du 30 Octobre 1935*, th. Lille, 1936, p. 83 et 85 ; et même opinion dans un ouvrage ultérieur : *Le décret-loi du 30 Octobre 1935 relatif à la procédure civile*, 1937, I, p. 228 et suivantes.

Suivant M. Vanlaer, le droit commun en la matière, c'est la faculté pour la partie défaillante de revenir sur opposition devant les juges qui l'ont condamnée sans l'entendre.

Le Code de 1806 lui accordait cette faculté, mais, à raison de circonstances dans lesquelles était intervenue la décision rendue par défaut, les conditions d'exercice de cette voie de recours obéissaient à des règles différentes suivant que la partie défaillante était ou n'était pas représentée par un avoué. Et à l'auteur de remarquer que le Code de Procédure Civile emploie exclusivement les formules: défaut « contre la partie n'ayant pas d'avoué » et défaut « contre la partie ayant un avoué » et non pas défaut faute de comparaître et défaut faute de conclure que les auteurs et la pratique emploient couramment.

Le décret-loi de 1935 retire à la partie défaillante qui a un avoué la faculté qui lui était autrefois reconnue, de former opposition au jugement rendu contre elle; celui-ci sera réputé contradictoire, mais le caractère contradictoire attaché dans cette dernière hypothèse par le nouvel article 154 à la décision rendue, et, par conséquence l'interdiction d'y faire opposition, sont des dispositions exceptionnelles. Elles ne doivent pas recevoir application que dans les cas pour lesquels elles ont été édictées.

Or, par l'abrogation de l'article 643 les dispositions du Titre VIII du Code de Procédure Civile cessent d'être en vigueur en matière commerciale.

Dorénavant, le titre XXV du Code de Procédure Civile régit seul la procédure du défaut devant la juridiction commerciale. Or, ce titre ne contient aucune disposition restrictive. Les principes généraux du droit recevront donc application à la base.

Telle est l'argumentation de M. Vanlaer.

Son opinion reste isolée dans la doctrine. La quasi-unanimité de celle-ci se prononce pour la disparition de notre législation du défaut faute de conclure (1).

(1) GLASSON, TISSIER, MOREL, tome V, page 594. — GOYET: *Lois Nouvelles*, 1936, 87. — CÉZAR BRU: *Supplément III*, page 170. — CUCHE: *Précis de procédure*, page 398. — JAPIOT: *Supplément au Traité de Procédure*, page 35. — HÉBRAUD: *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 1936, p. 99. — *La Semaine Juridique*, 1941, Doct. 152. — REYNAUD: *Revue Trimestrielle de Droit*, 1939, 822.

En abrogeant l'article 643 du Code de Commerce, le décret a entendu supprimer comme il l'a fait pour les tribunaux civils, la dualité du défaut faute de comparaître et du défaut faute de conclure, qu'une jurisprudence constante étendait à la juridiction consulaire, nous enseigne M. Morel.

Désormais, devant les tribunaux de commerce, il n'existe plus qu'un seul défaut, le défaut faute de comparaître. Si le défendeur, bien qu'ayant comparu par lui-même ou par mandataire, muni d'une procuration régulière ou dispensé légalement de procuration, s'abstient de conclure, le jugement est contradictoire, l'opposition est exclue.

Pour arriver à cette conclusion, la doctrine, il faut le reconnaître, ne s'attarde pas trop à l'interprétation des textes; elle ne s'arrête même pas à la phrase de l'exposé des motifs qui invoque le code de 1806, mais considère principalement le but même de la réforme.

« Si l'abrogation de l'article 643 nous ramène au texte de 1806, dit M. Hébraud (1), elle ne supprime pas rétroactivement l'évolution historique du XIX^e siècle (2); elle a une valeur propre et l'interprète d'aujourd'hui dispose d'autres éléments que celui du Code de Procédure.

Il faut donc moins s'attacher à analyser exégétiquement les textes du Code qu'à rechercher le sens et la portée du décret-loi de 1935, insuffisamment exprimés par l'équivoque mesure d'abrogation qu'il a prise. »

Or, il ne peut pas y avoir de doute sur le sens de la réforme. L'un de ses buts essentiels est de supprimer les lenteurs de procédure qui résultaient de l'opposition aux jugements rendus par défaut faute de conclure. Les dispositions détaillées du décret relatives à ce défaut devant les tribunaux civils ne laissent aucun doute sur ce point. Ce but s'impose tout particulièrement en matière commerciale.

Il serait surprenant, que le défaut faute de conclure supprimé en matière civile subsistât en matière commerciale. La même réforme doit être étendue aux juridictions commerciales. L'abrogation de l'article 643 se propose de réaliser, bien maladroitement, on le reconnaît, cette réforme. L'argument principal, l'unique argument peut-on dire, est

(1) *Op. cit.*, p. 594.

(2) *La Semaine Juridique*.

tiré d'une comparaison avec la procédure par défaut en matière civile.

M. Francisque Goyet, un des premiers commentateurs du décret-loi, écrit: « Le défaut faute de conclure a été supprimé par le décret de 1935, qui a abrogé l'article 157 du Code de Procédure Civile. *A fortiori*, un tel défaut n'existe-t-il plus devant les tribunaux de commerce, puisque, seule, l'analogie avec la procédure suivie devant les tribunaux de première instance le faisait admettre (1). »

Quant à la jurisprudence, elle est hésitante entre les deux interprétations. Les décisions intervenues depuis le décret-loi de 1935 sont nombreuses, mais l'accord n'a pas pu se faire sur ce point. La période qui nous sépare de l'entrée en vigueur du décret-loi est évidemment trop courte pour qu'on puisse parler d'une évolution précise de la jurisprudence, d'un changement net d'orientation. Surtout que les décisions successives ont adopté tantôt une solution, tantôt l'autre. Néanmoins, on peut observer des changements dans la faveur dont les deux interprétations ont joui devant les juridictions. Les premières décisions se rangèrent à l'opinion doctrinale considérant le défaut faute de conclure comme supprimé (2).

Mais bientôt, des décisions en sens contraire furent prononcées. La première qui attira l'attention des auteurs, par ses motifs « un curieux effort tenté pour remettre en vigueur une des grandes ordonnances de Louis XIV » fut une décision du Tribunal de Commerce de Bordeaux en date du 16 Décembre 1938 (*Sem. Jur.*, 1939, 1073) (3). Contrairement à ce que son commentateur, M. Paul Cuhe, prévoyait (4), cette décision fut confirmée par la Cour d'Appel et suivie d'autres décisions (5) assez nombreuses pour permettre de conclure à un changement d'orientation (6).

(1) *Lois Nouvelles*.

(2) Trib. de Comm. d'Aix, 17 Février 1938, S. 38. 2. 168. — Nancy, 16 Mai 1938, DH 38. 428 — Trib. de Comm. de Fécamp, 10 Août 1938, *Gaz. Pal.*, 1938. 2. 794.

(3) Déjà dans une décision antérieure, la Cour d'Appel de Bordeaux admettait implicitement le maintien par le décret du défaut faute de conclure. Bordeaux, 20 Octobre 1938, DH, 1939, 14.

(4) DH. 1939, *Revue Juridique*, 19.

(5) Bordeaux, 5. 7. 39, D. 39. 440 — Trib. de Comm. de la Seine, 10 Mars 1939, *Gaz. Pal.*, 39. 1. 822 — Aix, 13 Juin 1939, DH 39. 439 — Paris, 5 Juillet 1939, DH, 39. 438; voir aussi *Dalloz Critique*, 1943, J. 3 et le commentaire de M. César Brû — Montpellier, 3 Janvier 1940, DH, 40, 44.

(6) Pierre REYNAUD; *Rev. Critiq. de Dr. Civ.*, 1940-41, p. 137.

Toutefois, des décisions qui considéraient le défaut faute de conclure supprimé peuvent être signalées à la même époque (1).

Avec un jugement du Tribunal de Commerce de Honfleur du 12 Février 1941 (S. 1941. 2. 16) longuement motivé et confirmé par la Cour d'Appel de Caen le 29 Juillet 1941 (S. 1942. 2. 59; Dalloz Critique 1943, J. 3 et la note de M. César Bru), l'orientation de la jurisprudence semble avoir de nouveau changé (2). Les dernières décisions adoptent avec plus de résolution l'opinion de la majorité de la doctrine et semblent fixer définitivement la jurisprudence en ce sens.

Avant de conclure sur ce point, analysons les arguments invoqués par la jurisprudence.

Les premiers arrêts ont considéré la suppression de la distinction entre le défaut faute de conclure et le défaut faute de comparaître comme une conséquence logique de l'abrogation par le décret de 1935 des articles 643 du Code de Commerce et 157 du Code de Procédure Civile et ont conclu que le jugement rendu faute de conclure devait être considéré comme un jugement contradictoire.

Souvent, ils n'éprouvent pas le besoin d'appuyer sur une argumentation plus longue ce point de vue (Trib. Civ. d'Aix, 17 Fév. 1938; Montpellier, 30 Oct. 1939, D.H. 40. 9). D'autres fois, ils invoquent l'art. 434 du Code de Procédure Civile qui seul régit la matière devant les tribunaux de commerce depuis la réforme. Or, cet article ne connaît le défaut que si le défendeur ne comparaît pas (Nancy, 16 Mai 1938, D.H. 1938, 428; Trib. de Com. de Fécamp, 10 Août 1938; Gaz. Pal., 1938. 2. 794). Cette interprétation de l'article 434 — nous l'avons mentionné — était déjà proposée par Boitard dans ses *Leçons de Procédure* (3). Mais elle n'a pas eu de succès, ni en doctrine, ni en jurisprudence. Bourbeau était effrayé des conséquences d'une pareille théorie et faisait remarquer que le texte de l'article 435 semble admettre des jugements par défaut de nature diverse, auxquels seraient communes les dispositions qu'il contient. « Aucun jugement par défaut ne

(1) Montpellier, 30 Octobre 1939, DH. 40, 9. — Paris, 8 Mars 1940, DH. 40, 1.

(2) Dans le même sens: Trib. de Comm. de Rouen, 24 Octobre 1940, *Gaz. Pal.*, 1941. 2. 532 — Paris, 8 Mars 1940, DH. 1940, 103.

(3) Leçon 47 sous l'art. 434.

pourra être signifié que par un huissier commis, etc... » (2). Les tribunaux qui ont soutenu sous l'empire du Code de Commerce, qu'en matière commerciale, il n'y avait qu'un défaut unique, ont entendu par là, comme nous l'avons dit précédemment, que le défaut était soumis à la même réglementation à n'importe quel moment de l'instance où il se produirait. L'argument des décisions citées est donc un argument tiré d'une interprétation littérale d'un texte, et comporte toutes les faiblesses d'un pareil raisonnement. D'autant plus que cette interprétation est en contradiction avec toute la jurisprudence antérieure. Néanmoins, l'argument sera repris, comme nous allons le voir, par les arrêts ultérieurs et renforcés d'autres considérations plus générales.

Les arguments utilisés par les décisions qui admettent la distinction des deux défauts en matière commerciale, même après la réforme de 1935, semblent, au premier abord, plus pertinents. Le juge est lié par le texte de la loi, disent ces arrêts, il ne peut pas décider sans texte en invoquant uniquement la prétendue intention du législateur.

« Quel qu'ait été le but poursuivi par le législateur, on ne peut décider, par simple déduction et sans texte formel de lui, qu'il a supprimé en matière commerciale la distinction traditionnelle entre les deux sortes de jugements. » (Bordeaux, 25 Juillet 1939.) L'article 643 du Code de Commerce fut abrogé. Mais quelles étaient les conséquences de cet article? C'était de rendre applicables en matière commerciale les articles 156, 158 et 159 du Code de Procédure Civile. Par son abrogation, ces articles cessent d'être applicables en matière commerciale et comme suite logique, le défaut faute de conclure sera réglé par l'article 436 du Code de Procédure Civile, toujours en vigueur, suivant l'article 642 du Code de Commerce. L'abrogation de l'article 643 modifie le défaut faute de conclure (Bordeaux, 25 Juillet 1939; Aix, 13 Juin 1939; Paris, 5 Juillet 1939). Et l'argument le plus important est peut-être le suivant: Si le décret-loi a supprimé en matière civile le défaut faute de conclure, elle ne l'a pas fait purement et simplement. Elle ne l'a fait qu'en substituant, en ce cas, à la procédure par défaut une procédure spéciale destinée à permettre qu'on considère le jugement obtenu

(1) BOURBEAU SUR BOUCENNE, VI, p. 336.

comme un jugement contradictoire. Cette réforme est consacrée par les articles 154 et 154 *bis* nouveaux du Code de Procédure Civile. Or, ces articles ne concernant que la procédure devant les tribunaux de première instance et on ne peut, à défaut d'un texte spécial rendant cette extension possible, les appliquer aux jugements par défaut faute de conclure, rendus par les tribunaux de commerce. Il s'ensuit donc que ces jugements sont toujours susceptibles d'opposition; qu'ils ne sont pas définitifs; et que le défaut faute de conclure subsiste toujours en matière commerciale (Bordeaux, 16 Décembre 1938; Aix, 13 Juin 1939; Paris, 5 Juillet 1939; Montpellier, 3 Janvier 1940).

Ces arguments paraissent solides, mais ils supposent que l'article 434 du Code de Procédure Civile a en vue aussi bien le défaut faute de conclure que le défaut faute de comparaître. Or, c'est ce que les arrêts les plus récents contestent. Pour eux, le défaut faute de conclure en matière commerciale n'a été qu'une création jurisprudentielle « attendu que bien qu'aucun texte n'ait rigoureusement prévu le défaut faute de conclure devant la juridiction commerciale, la jurisprudence par assimilation avec la procédure civile et s'appuyant sur le fait que l'article 436 du Code de Procédure Civile n'avait pas été abrogé, avait admis l'usage des défauts faute de conclure devant les tribunaux de commerce », disait le Tribunal de Commerce de Honfleur, dans son jugement du 12 Février 1941.

La jurisprudence est arrivée à admettre l'existence du défaut faute de conclure pour concilier deux textes contradictoires concernant le délai pendant lequel l'opposition est recevable. L'article 436 du Code de Procédure qui prévoit un délai de huit jours et l'article 156 qui admet l'opposition jusqu'à l'exécution du jugement.

La jurisprudence a admis ce défaut par analogie avec la procédure en matière civile (voir décisions citées). Etant donné que la réforme de 1935 supprime le défaut faute de conclure en matière civile, à plus forte raison, dit la Cour de Paris (8 Mars 1940, D.H. 40.103) le défaut faute de conclure n'existe plus devant les tribunaux de commerce. D'ailleurs ces arrêts récents n'hésitent pas à critiquer la doctrine et la jurisprudence établie depuis plus d'un siècle, qui ont admis le défaut faute de comparaître, « sans tenir compte

des nécessités spéciales aux matières commerciales où toute procédure susceptible de retarder l'action de la justice a fréquemment des conséquences fâcheuses » (Trib. de Comm. de Rouen, 24 Octobre 1941, cité).

Ainsi nous voyons que les derniers arrêts en la matière, tout en cherchant un appui dans les textes en vigueur, invoquent également d'autres arguments et essaient de réaliser le but que le législateur de 1935 s'était proposé et pour la réalisation duquel il a mis à sa disposition des moyens peu appropriés. Sans doute, cette jurisprudence qui rallie la grande majorité de la doctrine et qui considère qu'il faut moins s'attacher à analyser exégétiquement les textes du Code qu'à rechercher le sens et la portée du décret-loi de 1935, insuffisamment exprimés par l'équivoque mesure d'abrogation de l'article 643, est à approuver. Car un argument d'opportunité autant que de logique, milite en sa faveur, devant lequel les arguments tirés de l'interprétation des textes perdent beaucoup de leur force. Il serait en réalité inconcevable que par une mesure quelconque la procédure commerciale devînt plus lente et plus longue, donnant plus de possibilité au défendeur de la faire traîner que la procédure civile, alors que son intérêt exige la rapidité; les tribunaux de commerce et la procédure spéciale en matière commerciale furent instaurés afin de permettre une plus rapide solution des conflits et cette rapidité est impérieusement exigée par la nature même des transactions commerciales. Le maintien du défaut faute de conclure devant les tribunaux de commerce, alors qu'il est supprimé devant les juridictions civiles, ajouterait à la procédure commerciale une particularité injustifiée, en contradiction avec les principes qui la dominent et due uniquement à la carence du législateur.

L'abrogation de l'article 643 du Code de Commerce signifie donc la suppression en matière commerciale du défaut faute de conclure. La manière dont cette suppression fut réalisée a eu également pour conséquences des modifications dans la réglementation des défauts faute de comparaître. L'article 643 du Code de Commerce renvoyait aux art. 156, 158 et 159 du Code de Procédure Civile et ces articles réglementaient le défaut faute de comparaître, tandis que les articles 434 à 438 du Code de Procédure Civile régissaient le défaut faute de conclure. Par la réforme de 1935, l'appli-

cation des articles 156, 158 et 159 en matière commerciale est supprimée, et celle des articles 434, 438 maintenue. La suppression du défaut faute de conclure est ainsi réalisée par l'abrogation d'un texte relatif au défaut faute de comparaître et les textes subsistants qui visaient le défaut faute de conclure sont désormais applicables au défaut faute de comparaître.

II. — RÉGLEMENTATION ACTUELLEMENT EN VIGUEUR

Dans les pages qui suivront, nous aurons à nous occuper des conséquences de cette singulière technique législative. Mais auparavant et pour en finir avec les considérations que la suppression du défaut faute de conclure inspire, demandons-nous quelle sera, d'après le décret-loi, la solution si le défendeur après avoir comparu, ne conclut pas?

Les auteurs qui admettent la survivance du défaut faute de conclure, croient que l'effet du décret-loi a été de soumettre les deux défauts au même régime. Telle est l'opinion de M. Vanlaer qui dit : « Le défaut de la partie aura les mêmes conséquences, qu'elle n'ait jamais comparu ou qu'ayant comparu, elle ait refusé ou négligé de s'expliquer sur le fond du litige. » L'innovation du décret du 30 Octobre 1935, tel qu'il est rédigé, a été de soumettre à cet unique délai (celui prévu par l'article 436 du Code de Procédure Civile) les deux sortes de défaut, disait la Cour d'Appel de Bordeaux (25 Juillet 1939, cité).

Pour ceux qui soutiennent que le décret-loi a supprimé le défaut faute de conclure en matière commerciale, et nous avons adopté cette opinion, une question très délicate se pose. Cette opinion est fondée principalement sur une interprétation du but que le législateur de 1935 s'était proposé d'atteindre et sur la considération que la procédure devant les juridictions commerciales ne peut pas être plus longue que devant les tribunaux civils. La réglementation du défaut civil a servi donc de guide pour la solution proposée en matière commerciale. Or, la suppression du défaut faute de conclure en civil n'a pas été décrétée purement et simplement. Il a été en quelque sorte remplacé par une procédure spéciale, inscrite dans l'article 154 *bis* et qui présente un caractère de garantie très net en faveur du défaillant : avenir spécial visant l'application de l'article 154 *bis*, délai de quinze

jours francs. C'est justement de l'existence en matière civile de ces mesures spéciales que les arrêts que nous avons cités tirent l'argument le plus sérieux pour affirmer que le décret-loi de 1935 n'a pas supprimé le défaut faute de conclure dans les affaires commerciales, puisqu'il n'a pas pris soin de le remplacer par aucune autre procédure.

Les auteurs, pour qui la suppression du défaut faute de conclure fut réalisée par le décret d'une manière générale et en toute matière, se contentent, le plus souvent, d'affirmer que la décision rendue dans pareilles circonstances est contradictoire (Voir GOYET: *Les Lois Nouvelles*; MOREL dans *Glasson, Tissier et Morel*; voir page 594: CÉZAR BRU: *Suppl. III*, page 189).

« Si le défendeur bien qu'ayant comparu... s'abstient de conclure, le jugement est contradictoire; l'opposition est exclue », dit M. Morel. La nécessité de formalité supplémentaire ne paraît pas avoir attiré leur attention. La nécessité de telles formalités, dans l'état actuel des textes, est même niée. La situation en cas d'absence de conclusions est même plus simple en matière commerciale qu'en matière civile. Le jugement, faute d'exigence particulière citée par les textes, peut être obtenu immédiatement par le demandeur. Il n'est soumis à aucune formalité analogue à celle qu'exige l'article 154 *bis* du Code de Procédure Civile en matière civile, signification d'un avenir visant l'application de cet article et attente d'un délai de quinze jours francs pour requérir l'application de la demande (1). »

Mais d'autres auteurs ont signalé les difficultés qui résulteront pour l'interprète, des dispositions trop brèves du législateur. La réglementation du défaut commercial n'a pas reçu l'attention qu'elle méritait. M. Hébraud constatait déjà dans son commentaire de la *Revue Critique*: « En définitive, le décret-loi jette l'interprète, en cette matière dans les plus grosses difficultés; elles ne seront résolues que dans la mesure où l'on pourra étendre au défaut commercial les principes généraux posés à propos du défaut civil. » (*Revue Critique de législation et de jurisprudence*, 1936, page 103.)

On aurait pu rendre applicables au défaut commercial les articles 151 et 154 *bis*, faisait-il remarquer. Non pas en trans-

(1) DALLOZ: *Le Nouveau Code de Commerce*, tome V, par A. TRASBAT, Y. FLOUR, A. LEBON et Marg. HELLER, n° 5, sous l'article 643.

portant purement et simplement la procédure qu'ils organisent, mais en trouvant un équivalent à la formalité de l'avenir qu'ils prévoient, équivalent tenant compte du fait que la constitution d'avoué n'est pas possible devant les tribunaux de commerce. Pour cette adaptation de la procédure prescrite par les articles 154 et 154 *bis* au défaut commercial, l'intervention du législateur est-elle nécessaire ? C'est une question à laquelle une réponse négative ne paraît pas exclue.

Déjà Vanlaer indiquait le moyen par lequel ces articles pourraient être appliqués devant les tribunaux de commerce : « On peut concevoir, disait-il, la délivrance à la requête de la partie elle-même, d'un avenir prévu par ces articles; cette délivrance devant être faite à personne ou à domicile, les délais impartis par lesdits articles seraient augmentés à raison de la distance, ainsi que le prescrit l'art. 1033 du Code de Procédure Civile (page 236). » Mais il écartait ce moyen comme pouvant soulever trop de problèmes et de complications. M. Hébraud reprenant cette question dans son article « Le défaut commercial » (*Semaine Juridique*, 1940, fiche 152) voit cette adaptation tout à fait possible, dans l'état actuel des textes. En quoi consiste la procédure spéciale de l'article 154 *bis*? Elle consiste en une sommation énergique et solennelle adressée au défendeur d'avoir à conclure à peine d'être jugé contradictoirement. Cette sommation peut être adressée en matière commerciale à la partie elle-même.

Les craintes de complications et d'augmentation du délai à raison des distances ne sont pas justifiées. Car l'article 422 du Code de Procédure Civile veut, au cas où l'affaire n'est pas définitivement jugée à la première audience, que le défendeur non domicilié au siège du tribunal y fasse élection de domicile. Cette disposition appliquée avec vigilance par les tribunaux de commerce, surtout si l'élection de domicile est faite chez l'agréé, permettrait de faire jouer à celui-ci un rôle semblable à celui de l'avoué. Et M. Hébraud conclut : « Les garanties prises par la procédure civile sont donc directement transposables sans difficulté et sans inconvénient, à la procédure commerciale (1). »

(1) Malgré l'avis de M. Hébraud, il y aurait quand même avantage à ce que la sommation équivalente à l'avenir de l'article 154 *bis* du Tribunal Civil soit signifiée comme un simple acte du Palais par les huissiers-audienciers.

Notons à ce sujet que la nouvelle loi portant statut des agréés, ne leur a pas donné le caractère d'officier ministériel. La procédure commerciale peut donc toujours être faite par les particuliers. Aucun mandataire officiel n'est obligatoire devant les tribunaux consulaires.

Nous aimerions voir en cette matière un texte de loi un peu plus explicite.

§ 2. — *Le défaut faute de comparaître subsiste seul devant les Tribunaux de commerce.*

Il résulte donc, des développements du paragraphe précédent, que depuis la réforme de 1935, il n'existe plus qu'un seul défaut aussi bien en matière civile que devant les tribunaux de commerce: le défaut faute de comparaître. Il n'y a que dans ce cas que le jugement rendu sera rendu par défaut et que la voie de l'opposition est ouverte contre ce jugement. Il s'agit maintenant d'analyser cette notion.

La jurisprudence antérieure au décret du 30 Octobre 1935 n'admettait l'existence du défaut faute de comparaître que dans des cas limités et étroitement définis. Étaient par défaut faute de comparaître les jugements rendus contre un défendeur qui ne comparaisait pas ou n'était pas régulièrement représenté au jour indiqué par l'assignation introductive d'instance. Si le défendeur avait comparu ou avait été représenté sur la citation, les jugements qui pouvaient être rendus ultérieurement en son absence étaient considérés comme des jugements par défaut faute de conclure. Cette jurisprudence admet la procédure commerciale, la distinction des deux défauts, admise en matière civile. Pour faire cette distinction, elle s'inspirait des règles de la procédure civile.

En matière civile, la distinction est facile à faire, ce qui fixe la séparation entre le défaut faute de comparaître et le défaut faute de conclure. c'est la constitution d'avoué. La constitution d'avoué est le seul moyen qu'on puisse employer pour comparaître. Une fois faite, — et la question de savoir jusqu'à quel moment elle peut être faite dépasse le cadre de notre étude —, le défendeur a comparu; tant que l'instance dure, il ne peut plus y avoir de jugement par défaut faute de comparaître.

Cette ligne de démarcation manque en matière commerciale où il n'y a ni constitution d'avoué, ni obligation de déposer de conclusions écrites qui puissent lier le débat. Néanmoins, la jurisprudence antérieure au décret calquait fidèlement le défaut faute de comparaître du droit commercial sur le défaut faute de comparaître en matière civile. Il en résultait que le défaut faute de comparaître n'était admis que dans le cas où le défendeur ne comparaisait pas et n'était pas régulièrement représenté au jour indiqué par l'assignation introductive d'instance. Étaient donc rendus par défaut faute de conclure et non pas par défaut faute de comparaître tous les jugements intervenus ultérieurement en l'absence du défendeur (1).

Il a été ainsi jugé pour les jugements statuant sur les résultats d'une expertise ou d'une enquête précédemment ordonnée entre les mêmes parties par un jugement contradictoire (2).

Il en a été de même pour un jugement rendu après une mesure d'instruction ou un jugement sur un incident alors que l'affaire revenait sur assignation nouvelle et que le défendeur ne comparaisait pas.

Car d'après la jurisprudence dans ces cas, il n'y avait pas une nouvelle instance mais continuation de l'instance déjà engagée (3).

Cette manière de considérer les choses ne présentait pas de désavantages avant le décret de 1935. En réalité, le jugement rendu par défaut faute de conclure laissait la voie ouverte à l'opposition aussi bien que le jugement rendu par défaut faute de comparaître. Il y avait une différence dans les délais accordés pour l'exercice de l'opposition, dans le régime auquel les deux jugements étaient soumis. Néanmoins dans les deux cas, les intérêts des défaillants étaient sauvegardés.

Depuis le décret de 1935, cette situation est complètement modifiée. Comme nous l'avons exposé, le défaut faute de con-

(1) GLASSON, TISSIER et MOREL, t. III, n° 836. — GARSONNET et CÉZAR BRU, t. VI, n° 217.

(2) Civ., 24 Février 1868; D. 68, 1. 183.

(3) Paris, 20 Novembre 1866, D. 66-2-205, Civ., 11 Août 1868, D. 68-1-448; Paris, 12 Février 1932, *Réc. Gaz. Pal.*, 1932-1-921 — Paris, 15 Novembre 1934, *Rec. Gaz. Pal.*, 1934-2-957 — Paris, 18 Février 1936, *Rec. Gaz. Pal.*, 1936-1-741.

clure n'existe plus. Le jugement rendu est considéré comme un jugement contradictoire. L'absence d'une procédure spéciale comme celle de l'art. 154 *bis* rend la situation du défaillant encore plus grave en matière commerciale.

M. Morel a pensé que la jurisprudence pourrait remédier à cet inconvénient par un changement dans la conception trop étroite du défaut faute de comparaître (1). On pourrait considérer ainsi certains des jugements comme rendus par défaut faute de comparaître et non pas par défaut faute de conclure et ouvrir ainsi au défaillant la voie de l'opposition. On rapprocherait ainsi la procédure devant les tribunaux de commerce de la procédure devant une autre juridiction extraordinaire: celle des juges de paix.

Devant ces juridictions, il n'a jamais existé que le défaut faute de comparaître (art. 19, Code de Procédure Civile). Mais la jurisprudence a donné un sens plus large à cette notion. Ainsi, elle considère que le jugement est par défaut faute de comparaître lorsqu'il est rendu par un juge statuant au fond, après un jugement contradictoire ordonnant une mesure d'instruction et en l'absence du défendeur (2).

Cette solution serait intermédiaire entre celle proposée par Vanlaer, qui consiste à admettre l'existence du défaut faute de conclure et à le soumettre au régime du défaut faute de comparaître et celle soutenue par la majorité de la doctrine.

Mais la jurisprudence ne semble pas l'admettre. La Cour de Paris, dans un arrêt rendu après le décret-loi de 1935, mais sur une affaire antérieure au dit décret, a jugé encore que le fait, par le défendeur, de faire défaut sur une assignation en ouverture de rapport après renvoi de l'affaire devant arbitres, ne donne lieu qu'à un défaut faute de conclure (3).

Dans un arrêt plus récent, elle soutient le même point de vue et le motive comme suit: « Considérant que devant les tribunaux civils, aux termes de l'article 321 du Code de Procédure civile, lorsque le rapport d'expertise a été déposé, levé et signifié, l'audience est reprise, sur simple acte ou

(1) GLASSON, TISSIER et MOREL, t. 5, n° 836.

(2) Civ., 24 Janvier 1894 — Sirey, 1897-1-31 — Civ., 25 Juillet 1932, D.H., 1932, 505 — Civ., 16 Mai 1934, S. 1934-1-256.

(3) Paris, 18 Fév. 1936, *Rec. Gaz. Pal.*, 1936-1-741.

avenir, qu'il en résulte, à l'évidence, que la discussion du rapport devant les juges ne fait pas l'objet d'une instance nouvelle mais n'est au contraire que la continuation de l'instance déjà engagée et qui a abouti au jugement qui ordonnait l'expertise.

« Considérant que rien ne permet d'instaurer devant les tribunaux de commerce une procédure différente plus compliquée et plus lente, que devant les juridictions ordinaires l'assignation en ouverture de rapport joue le rôle d'avenir et que pas plus qu'un avenir elle ne constitue le premier acte d'une instance nouvelle qui serait distincte de l'instance initiale (1). »

Ainsi rien ne paraît être changé, sur ce point, à l'ancien état de choses.

Poursuivant notre étude de la réglementation du défaut faute de comparaître sous l'empire du décret de 1935, nous constaterons que celui-ci n'a apporté aucune modification aux conditions dans lesquelles l'instance se déroule et le tribunal statue en cas de défaut du demandeur. Ceci est vrai aussi bien pour les matières civiles que commerciales. Les règles anciennes sont maintenues. Le défaut devra donc être demandé, il ne sera pas prononcé d'office. Le demandeur pourra, à l'audience qui suit l'expiration du délai de comparution, demander au tribunal de constater le défaut du défendeur et de lui adjuger les conclusions de sa demande. Le défaut devra être prononcé à l'audience, mais les conclusions ne lui seront adjugées que « si elles se trouvent justes et bien vérifiées ».

Sur ce point, il est à remarquer que les dispositions nouvelles du décret-loi du 30 Octobre 1935 sur la désignation d'un juge chargé de suivre la procédure et sur l'établissement du dossier du Tribunal, ne sont pas applicables aux tribunaux de commerce. Elles sont insérées dans le titre III du livre II, première partie, du Code de Procédure, qui concerne exclusivement la procédure devant les tribunaux où existent les avoués.

Comme avant le décret, les juges pourront, s'ils se trouvent incomplètement éclairés sur les circonstances de fait relatives au litige, ordonner une mesure d'instruction, telle

(1) Paris, 8 Mars 1940, D. H., 40-103.

une enquête ou une expertise. En pratique, les tribunaux ont une tendance marquée d'adjuger les conclusions sans un examen sérieux stigmatisant en cela le préjugé défavorable au défaillant.

Si la marche de la procédure prescrite pour l'obtention d'un jugement par défaut n'a pas été modifiée par le décret de 1935, par contre les règles auxquelles ce jugement est soumis ont subi d'importantes modifications. Elles résultent de la technique législative utilisée par le décret pour supprimer le défaut faute de conclure, technique que nous avons déjà signalée. L'abrogation de l'article 643 du Code de Commerce a eu pour résultat de rendre inapplicables les articles du Code de Procédure Civile auxquels cet article renvoyait et que la jurisprudence appliquait justement au défaut faute de comparaître. Désormais, seuls seront en vigueur, en matière commerciale, les articles 435 et suivants du Code de Procédure Civile et ils régiront dorénavant le défaut faute de comparaître, alors qu'auparavant la jurisprudence les appliquait au défaut faute de conclure. La conséquence inévitable de ce fait est que l'identité antérieurement admise entre les règles applicables aux jugements rendus par défaut faute de comparaître en matière civile et en matière commerciale se trouve remplie, puisque, en raison de l'abrogation de l'article 643 du Code de Commerce, les articles 156, 158, 159 relatifs au défaut devant les tribunaux civils ne sont plus étendus au défaut devant les tribunaux de commerce.

Dans les lignes qui vont suivre, nous allons souligner ces différences.

Le jugement par défaut devra être signifié par un huissier commis à cet effet par le tribunal... dit l'article 435, qui prévoit également l'obligation pour le demandeur d'élire domicile dans la commune où la signification est faite et la signification devra contenir cette élection de domicile.

La longue discussion qui a eu lieu autour de cet article pour savoir si en matière commerciale la signification devait se faire dans tous les cas, aussi bien en cas de défaut faute de comparaître qu'en cas de défaut faute de conclure, comme l'affirmait Glasson (1) ou seulement en cas de défaut faute

(1) GLASSON et COLMET-DAAGE, I, n° 611.

de comparaître comme c'était le cas en matière civile et comme la majorité de la doctrine et la jurisprudence ont fini par l'admettre (1), a été naturellement vidée de son objet par l'abrogation du défaut faute de conclure.

En matière civile, comme en matière commerciale, la signification devra se faire par huissier commis à cet effet. L'art. 156 du Code de Procédure Civile avec la nouvelle rédaction du Décret de 1935, précise que l'huissier est commis soit dans le jugement même, soit par ordonnance ultérieure rendue sur requête par le Président du Tribunal, qui a jugé. Cette précision supprime une controverse à ce sujet. Nous croyons que la solution doit être la même en matière commerciale, indépendamment de l'article 156 qui ne peut pas être invoqué dans cette matière.

Etant donné que l'article 156 ne peut plus s'appliquer en matière commerciale, la disposition introduite par le décret suivant laquelle la signification doit faire mention, en caractères très apparents du délai d'opposition ne concerne pas la procédure commerciale. La mention n'est pas exigée lorsqu'il s'agit de la signification d'un jugement par défaut rendu par un Tribunal de Commerce.

La sanction de l'inexécution des règles prescrites par l'article 435 est la nullité. La signification qui ne contiendra pas d'élection de domicile ou qui ne sera pas faite par huissier commis sera nulle. L'article lui-même le dit pour le premier de ces cas. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes à admettre la même conséquence pour le deuxième cas (2). La commission de l'huissier est une formalité substantielle, ayant pour but de garantir la remise fidèle de la copie de l'exploit de signification. Cette formalité ne pourra être remplacée par aucun équivalent; la signification opérée par un huissier non commis est impuissante à faire courir le délai d'opposition et par conséquence, tous les actes d'exécution entrepris après une pareille signification seront nuls, même

(1) GARSONNET, t. VI, n° 2212 — Lyon, Caen et Renault, t. I, n° 483 — GLASSON, TISSIER et MOREL, t. III, n° 836 — Civ., 23 Août 1865 — D. 65-1-252 — Civ., 14 Janvier 1884; D. 84-1-249.

(2) GARSONNET, t. VI, n° 2212 — Lyon, Caen et Renault, t. I, n° 483, Q. 1 — Toulouse, 27 Janvier 1896 — D. 96-2-383 — Civ., 8 Février 1888 — D. 88-1-158.

si l'huissier avait signifié à personne, et même si le défendeur a visé l'original.

Nous constatons donc que le décret n'a rien changé à la formule dans laquelle la signification d'un jugement par défaut obtenu d'un tribunal de commerce doit s'effectuer. Par contre, il apporte une importante modification au délai dans lequel cette signification doit être effectuée.

Avant ce décret, l'article 156 du Code de Procédure Civile étant applicable en matière commerciale en vertu de l'article 643 du Code de Commerce, tout jugement par défaut non exécuté dans un délai de six mois à dater de son obtention était périmé. Le décret a maintenu cette règle en matière civile en lui apportant une légère modification, mais très importante pratiquement, et qui est destinée à éliminer maintes discussions et hésitations possibles. Dorénavant, pour éviter la péremption d'un jugement par défaut, il suffira de le signifier au défaillant et il ne faudra plus l'exécuter. Ainsi toutes les hésitations possibles sur la question de savoir quand un jugement peut être considéré comme exécuté ne peuvent plus trouver leur place à ce propos.

Mais l'abrogation de l'article 643 du Code de Commerce rend inapplicable l'article 156 en matière commerciale. Il n'existe donc plus de délai obligatoire pour signifier un jugement par défaut, rendu par un tribunal de commerce, ni, à plus forte raison pour l'exécuter (1). S'il en subsiste un, c'est, naturellement, celui de la prescription de trente ans comme à tous les jugements. Nous voyons donc le parallélisme entre la procédure civile et la procédure commerciale rompue sur ce point par le décret de 1935.

La modification apportée par le décret est très importante au point de vue pratique et très défavorable au débiteur. La péremption des jugements par défaut établie par le Code de 1806 avait pour but d'empêcher que le demandeur, ayant obtenu un jugement par défaut contre un défendeur ignorant la poursuite dirigée contre lui, n'attendît longtemps pour l'exécuter, afin que le défendeur condamné par défaut n'eut plus, lors de l'exécution, les moyens de preuve, titres, pièces et documents lui permettant de triompher dans son opposition. La réforme de 1935 laisse le défendeur ex-

(1) Trib. Comm. de Versailles, 13 Oct. 1937 — D.H., 38-80.

posé à cette manœuvre de son créancier, et c'est d'autant plus injustifiable que cette manœuvre peut aboutir plus facilement en matière commerciale qu'en matière civile (1).

Le décret-loi de 1935 n'apporte aucune modification aux règles relatives à l'exécution des jugements par défaut. Aussi nous contenterons-nous d'exposer très brièvement les solutions admises en cette matière.

L'article 435, al. 2 du Code de Procédure Civile permet l'exécution des jugements un jour après la signification et jusqu'à l'opposition. Solution différente de celle admise par le Code en matière civile où l'exécution ne peut avoir lieu avant un délai de huitaine à compter de la signification (article 155, Code de Procédure Civile). En cas d'urgence et si certaines conditions (art. 135, Code de Procédure Civile) sont remplies, le tribunal civil peut autoriser par son jugement, même une exécution provisoire avant l'écoulement du délai de huit jours (art. 155, al. 1^{er}) ou une exécution provisoire nonobstant opposition « s'il y a péril en la demeure » (Article 155, al. 2).

L'opposition est suspensive d'exécution en matière commerciale, comme en matière civile. Ceci résulte des art. 435, al. 2 et 438 du Code de Procédure Civile. Mais le Code n'a pas pris soin de mentionner la possibilité d'une exécution provisoire. Est-elle possible en matière commerciale? Il est à noter tout d'abord, que seule, peut avoir une importance pratique l'exécution provisoire nonobstant opposition, car l'exécution avant le délai normal n'avancerait cette exécution que d'un jour, comme nous l'avons mentionné, et suivant l'article 435 du Code de Procédure Civile, les jugements par défaut en matière commerciale peuvent être exécutés un jour après la signification.

On a soutenu que les tribunaux de commerce ne peuvent pas ordonner l'exécution provisoire nonobstant opposition, en invoquant en ce sens les travaux préparatoires. Le Conseil d'Etat avait refusé d'ajouter à l'article 438 du Code de Procédure Civile une phrase qui permit aux tribunaux de commerce d'ordonner l'exécution provisoire de leurs jugements nonobstant opposition (2).

(1) HÉBRAUD, *Rec. Crit.*, p. 103.

(2) LOCRÉ, t. 21, p. 21 et 513.

On a invoqué pour soutenir cette thèse, le texte même de l'article 435, al. 2, qui dit que le jugement sera exécutoire jusqu'à l'opposition, ce qui excluerait par conséquent l'exécution après l'opposition (1).

Mais la majorité de la doctrine et de la jurisprudence s'est prononcée pour l'admission de l'exécution provisoire nonobstant opposition. A l'argument tiré du texte de l'article 435, on peut, en réalité, répondre qu'il ne vise que l'effet suspensif normal de l'opposition et qu'il ne s'oppose donc pas à ce que les tribunaux autorisent l'exécution même après l'opposition. D'autre part, la procédure de droit commun doit être étendue aux tribunaux de commerce à défaut de texte spécial.

Dans le cas discuté, le caractère spécial de la procédure commerciale, loin de s'opposer à l'application du droit commun, commande même d'admettre l'exécution provisoire, qui répond au besoin de célérité caractéristique même de la procédure commerciale (2).

(1) GARSONNET et CÉZAR BRU, VI, n° 327.

(2) GLASSON, TISSIER et MOREL, t. 3, n° 853 — Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 483 *ter* — Civ, 9 Fév. 1813 — Trib. Comm. Auxonne, 13 Oct. 1924 — D. 1926-2-17, note CÉZAR BRU.

CHAPITRE II

DU DEFAUT EN CAS DE PLURALITE DE DEFENDEURS

Les règles examinées jusqu'à maintenant prévoient le cas de défaut d'un seul et unique défendeur.

Mais ce n'est pas toujours ce cas-type qui se rencontre, il arrive fréquemment que le demandeur ait à assigner plusieurs adversaires en même temps.

Quelles sont donc dans un même procès les solutions adoptées lorsque le demandeur assigne plusieurs défendeurs ?

Deux grandes catégories essentielles se présentent en cas de pluralité de défendeurs : ou bien ils font tous défaut, ou bien certains font défaut et les autres se défendent, étant toujours bien compris que nous ne nous occupons que des cas où le même demandeur assigne tous les défendeurs pour la même cause.

§ 1^{er}. — *Tous les défendeurs font défaut.*

Si tous les défendeurs adoptent la même solution en faisant défaut, et se cantonnent dans cette politique commune de défense, les règles qui leur sont applicables sont celles régissant le cas du défaut du défendeur unique.

Cette unité de défense des défendeurs ne peut en effet comporter aucune difficulté particulière et l'analogie avec le défendeur unique est absolue.

Toutefois, il convient de signaler si les défendeurs assignés à comparaître le même jour font défaut, que le défaut est prononcé dans un seul et même jugement. Cela non seulement évite les frais de deux jugements, mais permet surtout d'avoir une solution unique contre les défendeurs si l'un des condamnés s'oppose ou fait appel, comme nous le verrons au paragraphe suivant.

C'est la raison de l'article 151 du Code de Procédure Civile, qui précise qu'il ne sera pris défaut qu'après l'échéance du plus long délai. Il faut en déduire, si les délais n'expirent pas le même jour, que l'on ne peut obtenir un premier jugement contre le défaillant pour lequel le délai de comparution est expiré.

Les auteurs et la jurisprudence ne distinguent pas si les délais n'expirent pas en même temps, en raison des délais de distance (Art. 72 et 73, Code de Procédure Civile) ou simplement parce que le point de départ des exploits introductifs d'instance est différent, cas où il y a plusieurs assignations, ou cas où l'assignation est délivrée quelques jours plus tard, pour l'un des défendeurs.

Cette solution assez rigoureuse présente un inconvénient certain pour le demandeur qui ne peut exécuter le défendeur dont le délai d'ajournement est échu, en inscrivant par exemple, aussitôt le jugement, l'hypothèque judiciaire à laquelle il aurait droit en vertu de cette décision.

Mais si l'on passe outre à l'article 151, une opinion admet qu'il n'y a pas de sanction et que le jugement ou les jugements ainsi obtenus ne sont pas nuls, car on ne viole pas le droit de la défense. Contre cette théorie s'est fait jour une opinion contraire, qui prétend que ce jugement ainsi obtenu est nul, d'une nullité d'ordre public, car cette façon de procéder rendrait inefficace l'article 153 qui lui est prescrit sous peine de nullité.

« La vérité me paraît se trouver dans un moyen terme si le défendeur Secundus comparaît et conclut après que Primus a fait défaut, le jugement pris contre ce dernier sera nul par application de l'article 153; mais si Primus ayant fait défaut, Secundus est à son tour défaillant, l'avoué qui aura pris défaut contre Primus dès le premier jour, n'encourra que la sanction pécuniaire indiquée ci-dessus, car l'art. 153 suppose qu'un seul des défendeurs fait défaut et la marche qui a été suivie n'a, par suite, rien de contraire à cet article. » (César Bru, 6-443.)

Toutefois en cette matière le décret-loi de 1935 a apporté avec l'article 152, une atténuation à la règle de l'article 151 en donnant la possibilité de prendre plusieurs défauts. Le tribunal peut apprécier si les circonstances justificatives lui

permettent de rendre un jugement sans attendre l'expiration du plus long délai.

L'intérêt de cette solution est capital en matière commerciale, où non seulement l'on peut concevoir qu'un des débiteurs assignés a l'intention et la possibilité de faire disparaître son actif et de se rendre insolvable, mais où la nature des transactions permet d'imaginer un défendeur en France et l'autre au Japon ou en Australie, et de l'importance qu'il peut y avoir à exécuter rapidement un jugement avant l'échéance du délai le plus long.

La solution de l'article 152 en laissant au juge le pouvoir d'apprécier les raisons de fait, permettant de rendre des jugements séparés, retire à la nullité que la théorie exposée plus haut avait bâtie sur l'article 151, son caractère de nullité d'ordre public.

Ces solutions ne sont valables, bien entendu, que lorsque les défendeurs se trouvent au même procès et au même titre à l'égard du demandeur, que si nous sommes en présence d'une unité d'action à l'égard de deux défendeurs. Ainsi en a décidé la Cour de Cassation dans deux arrêts (1).

S'il y a un défendeur présent et un garant mis en cause par lui, le défaut du garant n'autorise pas la jonction.

Mais les complications surgissent si l'un des défendeurs abandonne ce procédé de défense et se désolidarisant de ses codéfendeurs défaillants, fait opposition, c'est le second cas que nous avons envisagé.

§ 2. — *Certains défendeurs font défaut et d'autres comparaissent. La procédure du défaut profit joint.*

Parmi tous les défendeurs assignés par le même demandeur, certains comparaissent, d'autres font défaut ou encore tous comparaissent mais certains ne concluent pas.

Les solutions à adopter sont fournies par les articles 151, 152, 153 du Code de Procédure Civile pour les tribunaux civils et elles s'imposent aussi aux tribunaux d'exception.

M. César Bru justifie l'application de ces règles aux tribunaux de commerce en termes péremptoirs :

« Si ces articles ne comportent qu'une sanction pécuniaire, leur sanction est facultative pour les tribunaux d'exception, comme pour ceux de première instance. Si l'observation de

(1) C. Cas., 4. 3. 89 (S. 92-1-445) — C. Cas., 18. 12. 89 (S. 92-1-549).

ces articles est requise à peine de nullité, elle s'impose aux tribunaux d'exception pourvu que le défendeur assigné au plus long délai ait comparu et conclu, alors que l'autre ait fait défaut (1). »

L'article 153 du Code de Procédure Civile, pour éviter la contradiction de jugement, a mis à la disposition du magistrat une arme qui lui permet d'éviter de prononcer un jugement contradictoire contre l'un des défendeurs et de défaut contre le défaillant, jugement qui donnerait au défaillant la possibilité de faire opposition si la décision ne lui convenait pas et qui pourrait amener à son profit une rétractation. C'est le principe de la pluralité de jugement qui est condamné par la loi dans un souci de bonne administration de la justice.

On peut consulter à ce sujet les travaux préparatoires qui expriment cette hantise de deux décisions contraires, qui interviendraient entre un demandeur et plusieurs défendeurs, dans une même cause, et la crainte que le magistrat qui a prononcé une sentence contre le défendeur comparant, sentence définitive, soit embarrassé le jour où le défendeur défaillant revient devant lui sur opposition avec des arguments qui le conduiraient normalement à rendre un jugement absolument opposé à la première décision intervenue.

Pour remédier à cet inconvénient et à l'inégalité génératrice d'injustice pour l'un au moins des défendeurs, le législateur avait le choix entre plusieurs solutions. Nous n'examinerons que celle qu'il a retenue :

Le Défaut Profit joint.

C'est une procédure particulière qui vit le jour en 1738, dans une ordonnance de Daguesseau (2) sur la procédure à suivre devant le Conseil du Roi (3) :

« ...Tout défaut levé contre des parties défaillantes lorsque d'autres parties ont comparu, demeurera joint de droit au principal sans qu'il soit rendu aucun arrêt à cet effet et sera jugé avec l'instance par un seul et même arrêt. »

L'opposition était refusée au défaillant. Telle était sous l'ancien régime la solution adoptée devant le Conseil du

(1) GARSONNET, CÉZAR BRU, *Op. cit.*, p. 443.

(2) Ordonnance du 28. 6. 1738.

(3) Actuellement Conseil d'Etat.

Roi, mais rien n'était prévu devant la juridiction de droit commun.

Cette forme primaire fut reprise, modifiée et sérieusement améliorée par la solution qu'apportait le Code de 1806 aux procédés dictés par la pratique des tribunaux de l'ancien régime.

Le Code a créé une procédure lente, coûteuse et compliquée, exigeant deux jugements, jugement de jonction à l'expiration du délai de comparution, donnant acte du défaut et ordonnant la réassignation, se réservant de statuer au fond ultérieurement; il joint le profit du défaut au fond, d'où le nom de défaut profit joint. Un nouveau délai d'assignation aboutit à un deuxième jugement alors prononcé sur le fond, qui est considéré comme contradictoire à l'égard de toutes les parties.

L'article 153 a un caractère obligatoire, et la réassignation s'imposait au juge dès qu'il était averti par les conclusions des parties que l'une d'elles faisait défaut (Cas. 21-2-1906 — D. 1908-1-495). Il est bien évident toutefois que cette procédure n'est applicable qu'aux jugements susceptibles d'opposition.

Le jugement de jonction, première phase de cette procédure, pouvait être prononcé soit séance tenante, soit à une autre audience contre le défendeur non comparant. Mais si le demandeur ne réclamait pas de jugement de jonction, il ne pouvait par la suite alléguer la nullité du jugement par lui réclamé (1).

Ce premier jugement joignait le profit du défendeur et surseoyait à statuer à l'égard du défaillant jusqu'à ce qu'il soit réassigné, puis le même jugement ou un jugement ultérieur ordonnait que le défaillant soit réassigné en commitant un huissier à cet effet. La formalité de l'huissier commis se justifie pour éviter le « soufflement » de l'exploit d'assignation, le défendeur, en effet doit être encore mieux protégé puisque cette procédure va le priver de la possibilité de faire opposition.

Entre autres particularités, ce jugement pouvait prescrire des mesures conservatoires et urgentes, mais ne tranchait pas le fond et n'édicte aucune mesure d'instruction préjugant le fond. (D'où les conséquences normales rela-

(1) Requête 4. 3. 1901; D. 1903-1-519 — Requête 18. 10. 1909; D. 1910-1-497.

tives aux exceptions, aux moyens de défense, à la péremption, l'opposition et l'appel de ces jugements « avant dire droit ».)

La seconde phase comprenait alors la réassignation du défaillant auquel l'on signifiait le jugement.

Deux possibilités se faisaient jour alors dans la suite du procès, où le défaillant ne comparaissait pas, le jugement au fond était contradictoire à son égard, mais il bénéficiait des défenses du comparant, ou bien le défaillant comparaisait et le jugement pouvait être rendu soit contradictoire, soit faute de conclure.

Les arguments des critiques qui se sont élevées contre ce système, sont résumés dans les lignes suivantes empruntées à Garsonnet et à César Bru :

« Condamner contradictoirement une partie qui ne paraît pas et lui refuser l'opposition alors que la seconde assignation ne l'a peut-être pas plus touchée que la première, c'est une mesure grave et qui peut sacrifier un intérêt sérieux à un danger imaginaire. Primus et Secundus sont assignés en qualité de codébiteurs solidaires et condamnés ensemble, après jonction et réassignation par un jugement contradictoire, aussi bien contre Secundus qui continue à faire défaut que contre Primus qui a comparu dès le principe. Pourquoi refuser l'opposition à Secundus pour qu'il ne fasse pas ainsi tomber, quant à lui, un jugement qui restera définitif à l'égard de Primus. Et tout cela pour éviter la contrariété des jugements? Mais est-elle donc si nécessaire, et ne peut-on pas supposer que Primus doive être condamné et Secundus absout à raison d'une exception qui lui est personnelle? Quoi de plus injuste que de le réduire à interjeter appel pour la faire valoir, alors qu'il a peut-être ignoré la demande formée contre lui, et surtout de le condamner sans autre recours que les voies extraordinaires, si le jugement est en dernier ressort (1). »

La justesse de ce raisonnement oblige à ne pas étendre cette disposition exorbitante du droit commun, qu'est le profit joint hors les strictes limites prévues par le Code; l'article 153 ne s'appliquera donc pas si les défendeurs ne sont pas assignés par le même demandeur, c'est le cas d'appel en garantie, ou si l'un des défendeurs est partie principale et

(1) GARSONNET et CÉSAR BRU, *op. cit.*, 6-451.

l'autre est assigné en déclaration de jugement commun.

C'est pourquoi certains auteurs ont posé la question de savoir si l'article 153 du Code de Procédure Civile doit s'appliquer au jugement d'exception.

Cette doctrine s'appuie sur le fait que le système des réassignations en usage devant les Tribunaux de Commerce a été formellement prohibé, et lorsque la nouvelle procédure aménage la réassignation du défaillant devant les Tribunaux Civils, elle est toujours proscrite devant les Tribunaux d'exception, même si l'un des défendeurs comparaît alors que l'autre fait défaut.

Mais en réalité, la solution est donnée dans le titre 3 du livre IV du Code de Commerce qui modifie tout le système du défaut en renvoyant pour le défaut faute de comparaître seulement au Code de Procédure Civile.

Un nouveau problème provoque la naissance de 3 thèses qui s'affrontent pour étudier le champ d'application de l'article 153 du Code de Procédure Civile vis-à-vis des Tribunaux d'exception.

La première opinion refuse eu égard au caractère exorbitant, son application et argue que l'article 643 du Code de Commerce ne le mentionnait pas.

Le Code de Procédure Civile de 1806 organisait un système de défaut commercial différent du défaut civil. Les auteurs nombreux qui se sont ralliés à cette idée, prétendent que l'on a exclu toutes les innovations établies par la juridiction civile.

Les articles 434 et suivants du Code de Procédure Civile ne permettent en effet pas d'appliquer le défaut profit joint aux tribunaux consulaires.

L'article 643 du Code de Commerce modifie seulement les jugements par défaut faute de comparaître, et renvoie aux articles 156, 158 et 159 du Code de Procédure Civile. Cette énumération limitative exclue totalement l'article 153.

L'article 153 est une innovation en procédure civile, exorbitant du droit commun et rien n'autorise sans texte à l'appliquer en procédure commerciale. Bien plus, l'article 643 qui permet l'application des innovations de la procédure civile l'exclut implicitement. Bourbeau dans sa « Théorie de Procédure Civile » (1) oppose en outre des arguments his-

(1) BOURBEAU, *Théorie de Procédure Civile*, t. VI, p. 360 et suivantes.

toriques. Boitard insiste (1) surtout sur le côté exorbitant de l'article 153.

Rodier (2) voit comme Nouguiier (3) dans l'application du profit joint une formalité qui retarde la solution du procès, les défendeurs défaillants étant, d'après lui, le plus souvent des insolubles et le jugement ne peut être exécuté immédiatement contre le débiteur de bon aloi.

La conséquence logique de cette théorie, interdit au magistrat consulaire d'ordonner une réassignation et permet l'opposition au défendeur non comparant qui vient d'être condamné. Quelques décisions de jurisprudence déjà fort anciennes ont appliqué cette thèse (4). L'on peut voir, notamment, un arrêt de la Cour de Cassation, Chambre des Requêtes du 2 mars 1853 où la Cour admet un jugement par défaut contre certains défendeurs, contradictoire contre les autres et un arrêt de la Cour de Besançon du 8 août 1863 où les arguments exposés plus haut sont tous repris et qui envisage notamment le besoin de célérité des décisions commerciales.

Mais il convient de signaler ici que l'arrêt du 2 mars 1853 ne prend pas partie pour la non application de l'article 153, il l'admet et c'est pourquoi cet arrêt est également invoqué dans de nombreuses décisions judiciaires pour lesquelles l'application de l'article 153 est facultatif.

Le juge doit, d'après cette théorie, apprécier s'il doit ou non appliquer l'article 153. C'est un arrêt de la Cour de Cassation du 29 Juin 1819 qui, le premier, a reconnu aux tribunaux de commerce la possibilité de prononcer des jugements de défaut profit joint.

Les arrêts comme les auteurs, déclarent que les mêmes raisons qui militent en faveur du défaut profit joint en procédure civile existent en matière commerciale et que les mêmes dangers y sont à craindre.

D'un jugement du Tribunal de Commerce de Marseille

(1) BOITARD, COLMET-DAAGE et GLASSON, *Leçon de Procédure Civile*, 14^e éd., t. I, n° 662.

(2) RODIER, t. V, p. 19; Cour de compétence et de procédure en matière civile.

(3) NOUGUIER, *Des Tribunaux de Commerce*, t. III, p. 87.

(4) Poitiers, 19. 2. 1821; Req. 25. 7. 1822; D. Req. jt n° 425 — Lyon, 25. 2. 1828; D. Req. jt n° 105; Req. 2. 3. 1853; D. 1853. 1. 82 — Besançon, 8 Août 1863; DP., 1868. 2. 187.

du 13 avril 1858, confirmé par un arrêt de la Cour d'Aix (1) nous extrayons cet attendu caractéristique :

« Que si pour les tribunaux civils, le Code de Procédure « Civil a imposé en termes impératifs l'obligation de pro-
« noncer la fonction du défaut, et si rien de semblable n'a
« eu lieu pour les tribunaux de commerce, il en résulte que
« pour ceux-ci l'application de l'article 153 est purement fa-
« cultative. »

Le tribunal apprécie souverainement et dans les cas exigeant célérité, le profit joint n'était pas prononcé, surtout lorsque le danger de contradiction de jugement était très peu à craindre.

Peu d'auteurs (2) ont suivi la jurisprudence dans cette voie et la plupart du temps, ceux qui partagent cette opinion, adoptent les motifs du jugement de Marseille.

Les adversaires insistent sur les inconvénients; cette solution d'application facultative qui fut délaissée au profit de la thèse dont M. le Professeur César Bru s'était fait le champion et d'après laquelle l'application de l'article 153 est applicable obligatoirement à tous les tribunaux de commerce et en général, à tous les tribunaux d'exception.

C'est, dit César Bru, une « règle d'ordre public et d'intérêt général ». Comment d'ailleurs, d'après lui, justifier que le défaut profit joint soit facultatif en première instance au commerce et obligatoire en appel en vertu de l'article 470 du Code de Procédure Civile. C'est également l'avis de Glasson qui ajoutait : « Peu importe que l'article 643 du Code de Commerce ne renvoie pas expressément à l'article 153 du Code de Procédure Civile (3). »

Surtout que l'article 648 du Code de Commerce ordonne aux Cours d'Appel de juger les appels de jugement de commerce de la même manière que les appel de jugements rendus en matière civile sommaire, qui eux, sont bel et bien soumis à l'article 153. Il repousse l'argument tiré de l'article 643 en démontrant qu'il n'a pas trait à la question. Le but de cet article est de rendre applicable aux jugements rendus par défaut faute de comparaître en matière commerciale la

(1) Aix, 21 Juin 1858; S. 59. 2. 373

(2) DEMANGEAT SUR BRAVARD-VERRIÈRES, *Traité de Droit Commercial*, t. VI.
— RUBEN DE COUDER, *Dict. de Dr. Commercial*. — THOMINE DESMAZURES, t. I,
p. 87. — BOURBEAU, VII, n° 493.

(3) GLASSON, TISSIER et MOREL, *op. cit.*, n° 838.

disposition que le Code de Procédure avait omis d'y appliquer.

La conséquence de cette théorie édicte la sanction de l'omission de l'article 153, qui est la nullité si la fonction a été demandée. Le Tribunal qui le refuse rend un jugement nul, d'une nullité d'ordre public qui peut être attaqué par tout intéressé et être invoqué pour la première fois en appel et même en cassation.

Cette nullité n'est pas énoncée par l'article 153, mais elle n'en existe pas moins, car la défense de suppléer les nullités de procédure (art. 1030 du Code de Procédure Civile) n'existe pas pour les jugements. La doctrine et la jurisprudence récente proclament unanimement que l'on se trouve devant une nullité d'ordre public car il s'agit d'une formalité substantielle qui est destinée à éviter une contrariété de jugement, porte ouverte aux chicanes de l'opposition.

Mais quelle sera la solution si la jonction n'est pas demandée? Le Tribunal devrait en principe la prononcer d'office, et la nullité doit être prononcée puisque d'ordre public, contre le jugement qui n'ordonnerait pas la réassignation. La sanction dans le cas où malgré la réassignation le jugement est rendu par défaut est également la nullité de ce défaut, sinon l'intérêt général est compromis par le danger de la contradiction de jugement.

La question se pose également pour le cas où le défendeur s'abstient de conclure.

Le but essentiel de l'article 153 était d'éviter la contrariété de jugement, contrariété qui pouvait se produire si Secundus dont l'avoué n'avait pas conclu pouvait faire opposition alors que Primus au nom duquel il avait été pris des conclusions n'y était point admis en vertu de la réassignation.

L'on objecte également que la procédure indiquée par l'article 153 suppose nécessairement une signification avec réassignation par l'huissier commis et que cette formalité n'existe qu'en cas de défaut faute de comparaître, il ne faut toutefois pas perdre de vue que l'avoué de Primus sommera son confrère de conclure par acte du Palais (sommation ou avenir à l'audience délivré par l'huissier audiencier).

C'est pourquoi l'on peut dire qu'il n'existe aucun obstacle sérieux à l'application littérale en cette hypothèse de l'article 153.

Mise à part bien entendu, cette formalité remplie par les avoués, dont le ministère n'est pas admis devant la juridiction consulaire, les solutions y sont les mêmes.

Le défendeur fera défaut en s'abstenant de conclure personnellement, mais la signification du jugement de jonction vaudra pour lui sommation de se mettre en règle. La signification remplira le rôle de l'avenir.

Non sans difficulté, la jurisprudence et la doctrine étaient parvenues à faire un système cohérent, mais lent et coûteux.

Heureusement cette procédure ancienne du défaut profit joint a été sérieusement remaniée par la Loi du 13 mars 1922 et son incidence a été considérablement modifiée par le décret-loi de 1935.

La première innovation provient de la loi du 13 mars 1922, qui simplifie la procédure en substituant au premier jugement : jugement de jonction, une simple ordonnance rendue sur requête par le Président du Tribunal. La rapidité de cette solution et l'économie qui en résulte sont des avantages sérieux. Cette simplification se justifie pleinement par le fait même que l'intervention du Tribunal n'était pas nécessaire, l'affaire n'étant pas en état d'être tranchée au fond, le jugement de jonction se présentait avec un caractère inéluctable pour les magistrats.

Dans la pratique aussitôt l'expiration du délai de comparution, le demandeur qui se trouve en présence d'un défendeur comparant et d'un défaillant, présente au Président requête, et signifie l'ordonnance autorisant la réassignation aussitôt qu'elle est répondue en tête de la réassignation, délivrée par l'huissier commis dans ladite ordonnance.

La loi ne précise pas que cette ordonnance doit être signifiée, comme elle le faisait autrefois pour le jugement, mais la pratique continue à admettre la nécessité de cette formalité.

L'article 153 nouveau du Code de Procédure Civile, prévoit que la réassignation doit contenir la « mention que le jugement à intervenir aura les effets d'un jugement contradictoire ».

D'après M. Japiot, la jurisprudence peut admettre des équivalents si la réassignation n'a pas repris textuellement les termes de cet article. C'est une formalité obligatoire, sanctionnée par la nullité de la réassignation, mais qui doit

rester étrangère à toute idée de formalisme si cette particularité appert de la réassignation elle-même.

Il ne suffit pas que l'énoncé de l'article 153 soit contenu dans la copie de signification des requêtes et ordonnances.

Les plaideurs ayant une tendance naturelle à parcourir distraitemment, lorsqu'ils en prennent connaissance, les copies de pièces à la lecture fastidieuse et pénible, aussi le législateur a-t-il bien insisté sur cette formalité pour attirer leur attention.

Telle était donc l'opinion générale (1) entérinée par un arrêt de la Cour de Cassation décidant que le Cour d'Appel statuant en matière commerciale est tenue d'observer l'article 153 (2).

De son côté, le Décret-Loi 1935 amène des changements dans la procédure de défaut profit joint, car il a modifié le texte de l'article 152 et là, en réalité, l'a abrogé pour le remplacer par la règle que nous avons indiquée plus haut et qui est une atténuation considérable des règles générales posées par l'article 151, mais surtout, fait échec à la règle d'ordre public, édictée par l'article 153 en ce qu'il est désormais permis au demandeur de prendre contre chacune des parties défaillantes un jugement de défaut séparé.

Il faut noter que cet échec est d'autant plus important que ces décisions séparées pourront être rendues « si les circonstances l'exigent » même avant l'expiration du plus long délai.

Le législateur semble avoir consacré ici la théorie de la jurisprudence qui décidait que l'application du défaut profit joint était facultative et laissait le Tribunal apprécier si les circonstances impliquent une décision rapide à l'égard de l'une des parties, et pour reprendre une expression de M. Vanlaer au sujet de la nouvelle rédaction de l'article 152:

« C'est par voie de conséquence, toute l'économie du système de jonction de défaut qui est affectée, car il nous paraît difficile de lui maintenir son caractère d'ordre public, aujourd'hui que la loi autorise l'obtention de jugements séparés. »

Il est encore trop tôt pour savoir comment les tribunaux

(1) GLASSON, TISSIER et MOREL, *op. cit.*, t. III, n° 838 et suiv.
GARSONNET, CÉZAR BRU, *op. cit.*, 3^e éd., t. V.

(2) C. C. Civ, 4 Juillet 1929; S 1929. 1. 341.

d'exception agiront dans les cas difficiles, car il n'y a pas de jurisprudence sur ce point jusqu'à ce jour.

Néanmoins, il paraît souhaitable que les magistrats ne se départissent pas d'une grande prudence dans leurs décisions et ne fassent pas trop souvent d'exceptions à la règle de l'article 153.

C'est en résumé, le grand principe de la contrariété des jugements qui régit tout le problème posé par la pluralité de défendeurs.

Principe qui s'est trouvé étayé par la création de la procédure du défaut profit joint dont les retouches successives apportées par la loi du 13 mars 1922 n'ont fait que rendre plus pratique et plus économique par sa simplicité et sa rapidité.

La modification apportée par le Décret-Loi du 30 octobre 1935 à la nouvelle rédaction de l'article 152 du Code de Procédure Civile ne bat pas en brèche ce principe, mais assouplit dans certains cas la rigidité, l'implacabilité que la Doctrine et la Jurisprudence avaient élaborées en soutenant le caractère d'ordre public du « défaut profit joint ».

Il est une autre sorte de défaut que celui prononcé contre un ou des défendeurs, c'est celui qui est requis par le défendeur, lorsque le demandeur qui l'a assigné devant le Tribunal ne se présente pas. C'est ce que nous étudierons dans le dernier chapitre.

CHAPITRE III

LE DEFAUT DU DEMANDEUR

La suppression de l'opposition au jugement prononçant le défaut du demandeur.

Si le demandeur omet de placer son assignation au Greffe en temps utile pour l'audience où il a assigné, s'il est malade, ou en voyage, s'il préfère ne pas se présenter, soit qu'il n'ait aucune illusion sur le bien fondé de sa demande, soit qu'il change d'opinion, il est considéré comme défaillant.

La suspicion qui pèse sur ce demandeur vient du fait que c'est plus un procédé peu recommandable qu'une négligence, qui l'a poussé à agir de telle sorte.

Bien souvent le demandeur n'a pas intérêt à voir trancher le litige. Il assigne pour gagner du temps, tente de paralyser son adversaire, mais son action n'ayant aucune assise solide, il ne place pas son assignation au Tribunal. Et malgré l'apparence d'humour qui réside en ce principe, c'est pour lui un procédé dilatoire que d'assigner le premier son adversaire, ou d'assigner un tiers incident au procès pour faire défaut ensuite.

Aussi, très longtemps, le demandeur défaillant était considéré comme un plaideur peu intéressant et le législateur et les tribunaux ont souvent nourri à son égard une certaine méfiance, considérant comme peu digne d'intérêt la situation de ce demandeur.

Toutefois, celui-ci peut avoir eu un motif d'absence qui le tienne éloigné de l'audience, ou bien son mandataire n'aura pas eu un pouvoir régulier, ou les documents indispensables pour soutenir sa demande lui font défaut et le législateur a donc réservé dans l'article 434 du Code de Pro-

cédure Civile, § 1, la possibilité au demandeur contre lequel le défendeur a requis le renvoi du demandeur de sa demande, de faire valoir son bon droit par la voix de l'opposition.

Il serait en effet injuste de le traiter plus mal que le défendeur qui, ayant comparu, refuse de conclure.

C'est donc ces deux raisons essentielles qui ont servi de limites au législateur, car il ne peut pas se désintéresser d'un demandeur qui, après avoir mis en route l'appareil judiciaire, ne poursuit pas sur sa demande.

Glasson, Tissier et Morel, dans leur *Traité de Procédure* (T. 3, n° 837) estiment que la disposition de l'article 434 ne devait pas être interprétée avant le décret-loi de 1935 autrement que celle de l'article 154 ancien, dans le cas du défaut du demandeur en matière civile et le défendeur qui comparait sans avoir fourni de défense pouvait sur un seul acte suivre l'audience et prendre le défaut contre le demandeur.

Jurisprudence et Doctrine ont consacré la solution, d'après laquelle, en matière commerciale comme en matière civile, le jugement de défaut congé implique toujours le rejet de la demande.

Mais la difficulté résidait en ce qu'il n'y a pas en matière commerciale comme dans l'assignation devant le tribunal civil, constitution d'avoué (formalité indispensable de l'assignation) et que l'on pouvait se demander si le défaut du demandeur était un défaut faute de conclure ou faute de comparaître.

La solution était alors dictée par la logique. En effet, le défaillant ne pouvait prétendre ignorer le procès puisque lui-même avait actionné la machine judiciaire, et qu'il se présentât sans se défendre, ou qu'il ne comparût point, la jurisprudence décidait que le défaut du demandeur était un simple défaut de conclure (1).

Toutefois, la Cour de Cassation, dans deux arrêts, a donné une solution contraire en matière d'appel de Prudhomme (2).

Cependant des auteurs nombreux soutenaient qu'il s'agis-

(1) Bordeaux, 15 Mars 1871; S. 71.2.62 — Bordeaux, 12 Janvier 1928; *Sem. Jurid.*, 1928-287.

(2) Cassation, 12.2.1913; S. 1913.1.500 — Cassation, 5.3.1934; *Gaz. Pal.* 1934.1.866.

sait toujours de défaut faute de conclure (1), ne laissant le jugement rendu susceptible d'opposition que dans le délai de huitaine de la signification (2).

C'était donc la solution adoptée jusqu'au moment où la réforme apportée par le Décret-Loi de 1935 supprimait la distinction du défaut faute de comparaître et faute de conclure.

Le décret-loi a donc en cette matière une incidence particulière qui va retenir notre attention car elle a prêté à des discussions théoriques et soulevé des difficultés dans la pratique.

§ I. — *Analogie entre le défaut du demandeur et le défaut faute de conclure.*

Si l'article 434 n'a pas été modifié par le décret, comment l'appliquer actuellement puisqu'autrefois son interprétation était analogue à celle de l'article 154 qui réglementait le défaut du demandeur devant le tribunal civil et que cet article 154 a été complètement bouleversé.

La difficulté provient donc : d'abord de ce que le Code de Procédure, dans les articles 434 et 438 semble ignorer la distinction du défaut faute de conclure et faute de comparaître, la recevabilité de l'opposition étant dans la huitaine de l'exécution aux termes de l'article 436 et que le décret entend supprimer l'opposition aux jugements par défaut faute de conclure ; et aussi de la nouvelle rédaction de l'article 154 qui est entièrement construit sur le caractère obligatoire des avoués devant les tribunaux civils.

Art. 154 (nouveau). « Le défendeur pourra, après avoir signifié ses moyens de défense, porter l'affaire à l'audience avec avenir visant l'application du présent article, et, après un délai de quinze jours francs, requérir défaut au fond contre le demandeur qui ne comparaît pas. Le Tribunal pourra, soit déférer à cette réquisition, soit donner seule-

(1) FUZIER HERMANN, n° 4265 ; GARSONNET et CÉZAR BRU, 3^e éd., t. V, n° 251 — GLASSON et TISSIER, 3^e éd., t. III, n° 837.

(2) Le jugement qui eut été rendu contre le demandeur défaillant faute de comparaître aurait été susceptible d'opposition jusqu'à ce qu'il ait été exécuté.

ment défaut-congé sans statuer sur le fond. Il devra statuer au fond si, après un nouveau délai de quinze jours, à compter de l'acte d'avoué contenant sommation, au demandeur de comparaître, celui-ci ne défère pas à cette sommation. Dans l'un et l'autre cas, le jugement ne sera pas susceptible d'opposition. Au cas de défaut-congé, la prescription demeure interrompue par l'assignation. »

Alors que l'ancien article 154 était d'application beaucoup plus simple :

« Le défendeur qui aura constitué avoué pourra, sans avoir fourni de défense, suivre l'audience par un seul acte et prendre défaut contre le demandeur qui ne comparaitrait pas. »

Aussi nous trouvons-nous devant deux écoles.

La première ne veut pas de modification en matière commerciale, arguant que l'article 434 du Code de Procédure Civile est le seul texte qui régit la matière et qu'il n'a pas été modifié par le décret.

Un autre argument est celui de l'inapplicabilité de l'article 154 nouveau en matière commerciale qui repose sur l'existence et le caractère obligatoire des avoués.

La conséquence logique de cette solution est le maintien de l'opposition dans la huitaine, avec toutes les subtiles divisions que nous signalons plus haut pour savoir si le jugement est par défaut faute de conclure ou de comparaître.

Ce serait le seul cas où après la réforme du décret-loi de 1935 subsisterait la possibilité de faire opposition à un jugement rendu contre le demandeur qui comparait mais ne conclut pas.

Procédé dilatoire qu'a voulu supprimer ce décret-loi, d'autant plus regrettable qu'en matière commerciale l'importance et la nature des litiges nécessite une solution rapide.

C'est ce qui explique la faveur dont jouit la seconde solution, celle qui veut appliquer en procédure commerciale les innovations de la procédure civile et pour ce faire, propose d'appliquer, en y apportant les retouches nécessaires, l'article 154 nouveau.

C'est l'opinion de Glasson, Tissier Morel (T. V., suppl. n° 837) :

« Il paraîtrait plus conforme à l'esprit du décret qui est de supprimer le défaut faute de conclure devant les juri-

dictions où ce défaut était admis, d'appliquer *mutatis mutandis* l'article 154 à la procédure des tribunaux de commerce. »

D'après Morel, le défendeur pourrait, à l'audience fixée, assigner le demandeur défaillant en visant dans son exploit l'application de l'article 154.

Sous la plume de M. Hébraud, l'on trouve également la même opinion :

« Faut-il s'incliner devant la lecture des textes et réserver au demandeur dans une instance commerciale ce moyen dilatoire qui a été supprimé au civil ? »

« La jurisprudence ne pourra éviter ce paradoxe qu'en donnant à la suppression de l'opposition édictée par l'article 154 la valeur d'un principe général applicable, même sans texte formel en matière commerciale. »

Il n'y a aucune raison de faire à la procédure commerciale une situation moins favorable qu'à la procédure civile.

Une fois de plus, l'esprit du décret se trouve en opposition avec la lettre de la loi, telle du moins que les auteurs estiment qu'elle doit être appliquée.

« La situation créée par le défaut du demandeur a soulevé plus de controverses doctrinales que de difficultés pratiques. »

§ 2. — *Difficultés d'application pratique.*

Mais il convient de signaler que l'article 154 nouveau qui répond à des préoccupations théoriques est loin d'offrir la solution ; il apporte même au contraire de nouvelles causes d'incertitude.

Aux termes du décret, le tribunal en présence du défendeur qui porte l'affaire à l'audience a deux solutions :

L'une consiste à prononcer le défaut-congé sans statuer sur le fond, l'autre, si le défendeur le requiert, à prononcer un jugement statuant au fond si après un délai de 15 jours à compter de l'avenir visant l'application de l'article 154, délivré par acte du palais mettant le demandeur en demeure de conclure, celui-ci ne défère pas à l'injonction.

Deux jugements sont donc possibles en matière civile :

Le jugement de défaut-congé, simple relaxe du demandeur, est accordé automatiquement sans examen de la demande, alors que l'autre jugement de défaut statue au fond

après examen des prétentions du défendeur. C'est un jugement qui emporte l'autorité de la chose jugée.

La nature de ces jugements est précisée par l'alinéa 3 de l'article 154 qui prescrit « dans l'un et l'autre cas, le jugement ne sera pas susceptible d'opposition ».

C'est, somme toute, le corollaire de la suppression du défaut faute de conclure de l'article 154 *bis* qui complète la grande idée du décret, réputant contradictoire tout jugement où défendeur ou demandeur s'abstient de conclure.

Il convient de noter, au sujet de la suppression de l'opposition contre le jugement de défaut congé qui assimile ce dernier à un jugement contradictoire, que le demandeur n'a plus comme voix de recours que l'appel et si c'est un jugement, en dernier ressort, les voix de recours extraordinaires.

C'est pourquoi l'on s'est demandé qu'elle était la raison d'être de cette distinction qui apparemment rend le défaut au fond plus avantageux pour le demandeur que le défaut-congé.

Mais en réalité, ce qu'a voulu supprimer le décret, c'est la possibilité ouverte au demandeur contre lequel un jugement de défaut-congé a été prononcé, de faire opposition comme il en avait la faculté avec l'ancienne procédure. (Garsonnet, César Bru, T. VI, n° 253.)

Ce raisonnement est très séduisant, d'autant plus qu'il ne faut pas perdre de vue que le demandeur contre lequel est prononcé un jugement de défaut-congé a la possibilité d'introduire une nouvelle demande, il en est quitte pour lancer une nouvelle assignation, puisque simple relaxe ce jugement de défaut-congé n'entraîne pas la perte de l'action qui peut être ultérieurement reprise.

Dans l'autre cas, le Tribunal examine les prétentions des parties et ne peut prononcer de jugement que si elles sont justes et bien vérifiées, mais contrairement à une opinion d'ailleurs peu répandue, le Tribunal n'est obligé de prononcer le jugement de défaut que si le défendeur le requiert. C'est l'opinion de M. Glasson (1) d'après qui le défendeur peut soit prendre acte du désistement du demandeur et ob-

(1) GLASSON, TISSIER et MOREL, t. III, n° 838.

tenir ainsi congé de la demande, soit après avoir exposé ses moyens au Tribunal, requérir jugement sur le fond.

Deux arrêts de la Cour de Cassation qui semblent bien se rallier à l'opinion exprimée par M. Glasson, ont mis fin aux hésitations de la jurisprudence. Ces arrêts donnent au Tribunal le droit de prononcer un jugement au fond si le défendeur ne le requiert pas, mais l'oblige à vérifier le bien fondé des défenses du défendeur qui requiert jugement au fond (1).

Cependant, malgré ces décisions, la jurisprudence adoptait un système différent, qui, pour être simple n'en présentait pas moins des inconvénients graves à l'égard du demandeur (Glasson, Tissier et Morel, T. III, n° 829).

Du rapprochement des articles 154 et 434, les tribunaux concluaient que donner défaut contre le demandeur et « renvoyer le défendeur de la demande », le défaut-congé impliquait toujours le rejet de la demande. D'où l'autorité de la chose jugée ou rejet de la demande, et ce même si le défendeur n'avait pas conclu au fond. (Civil 27-6-1922 — D. 1925-1-212.)

Le danger d'une pareille solution est trop évident pour que l'on insiste davantage et le Décret-Loi de 1935 a justement voulu mettre fin à cette situation qui permettait de rendre un jugement définitif contre un demandeur défaillant sans même vérifier si le défendeur avait une chance minime de triompher.

La formule de l'alinéa 3 de l'article 154, qui, en apparence donne une solution identique aux deux défauts qu'elle établit, prescrit au contraire de la façon dont on l'interprète aujourd'hui, à l'aide des décisions rendues par la Cour de Cassation, des conséquences différentes suivant qu'elle s'applique au défaut-congé ou au défaut au fond.

Non seulement des difficultés sont nées dans l'application de l'article 154 du Code de Procédure en matière civile, mais l'application de ces règles à la procédure commerciale n'est pas d'une réalisation très simple, quand on veut obtenir un jugement au fond.

Nous n'examinerons que brièvement les formalités prévues en cas de défaut du demandeur, par l'article 154, ces

(1) Req. 10. 2. 1897; DP 97. 1. 200 — Req. 21. 1. 1874; DP 74. 1. 311.

formalités résidant essentiellement dans le jeu des avenirs qui supposent le ministère d'avoué.

Nombreux auteurs, tels Goyet, estiment que le défendeur devra tout d'abord porter l'affaire à l'audience sur un simple avenir, puis, si le demandeur persiste à ne point se défendre, un avenir 154 lui sera alors signifié.

C'est la solution assez répandue dans la pratique, mais l'on peut très bien soutenir que les termes de l'article 154 ne nécessitent pas une telle procédure et qu'ayant signifié ses conclusions et un avenir visant l'article 154, le défendeur pourra après la signification de cet avenir, requérir un jugement de défaut si le demandeur ne dépose pas sa feuille de conclusion au Tribunal.

« Le Tribunal pourra, soit déférer à cette réquisition, soit donner seulement défaut-congé sans statuer sur le fond. »

Le Tribunal devra apprécier les éléments du litige avant de rendre sa décision. S'il est suffisamment éclairé par la conclusion de la défense et la copie de l'assignation qui a été délivrée au défendeur, il peut prononcer le défaut au fond, dans le cas contraire, le défaut-congé.

Dans cette dernière hypothèse, le défendeur peut demander au Tribunal « un nouveau délai de 15 jours à compter de l'acte d'avoué contenant sommation au demandeur de comparaître ».

La rédaction défectueuse de cet article indique, en effet, que ce nouveau délai ne court pas de l'acte d'avoué, qui semble être l'avenir 154, puisque c'est de cet acte qu'a commencé à courir le délai.

D'après M. Hébraud, le deuxième délai s'ajouterait au premier et le défendeur attendrait ainsi plus d'un mois avant d'obtenir son jugement.

Néanmoins, la plupart des auteurs estiment que l'acte d'avoué est un nouvel avenir que reçoit l'avoué du demandeur lorsque le Tribunal a refusé de statuer immédiatement au fond et que le défendeur n'entend pas se contenter d'un simple jugement de défaut-congé.

Tel est du moins le système adopté en procédure civile.

Si, à première vue, tout ce système d'avenir qui repose sur le caractère inéluctable du ministère des avoués, ne paraît pas transposable en matière commerciale, nous verrons tout à l'heure que c'est cette solution civile qui va servir

d'inspiration pour résoudre le problème du demandeur défaillant devant les tribunaux de commerce.

Le défendeur pourrait, à l'audience fixée, assigner le demandeur défaillant en visant dans son exploit l'application de l'article 154.

Mais il ne pourrait requérir défaut contre le demandeur qu'après un délai de 15 jours francs.

Toutefois, il convient de réserver au Tribunal de Commerce d'apprécier s'il doit déférer à cette demande ou s'il doit seulement donner défaut-congé.

Il semble cependant contrairement à l'opinion de M. Morel, que le Tribunal devrait donner défaut-congé à la première audience, mais c'est là qu'interviendrait le Tribunal s'il autorise le défendeur à réassigner à quinzaine le demandeur, en visant l'article 154 et qu'il ne puisse plus à ce moment prononcer de défaut-congé, mais qu'il soit tenu de se prononcer sur le fond.

Il convient de noter en passant le danger d'une telle solution, car le jugement alors prononcé est insusceptible d'opposition; mais, c'est somme toute, la solution à laquelle on est logiquement conduit si l'on considère l'argument historique, puisque l'article 434-1 a toujours été considéré comme faisant application pure et simple à la procédure commerciale de la règle posée par l'ancien article 154.

D'autre part, c'est la contre-partie du jugement réputé contradictoire contre le défendeur comparant qui ne conclue pas. Sur la réassignation du défendeur, le tribunal doit-il prononcer un jugement de défaut, contre le demandeur? Il semble bien que oui. Celui-ci ne peut prétendre qu'il ignore le procès puisque c'est lui l'auteur.

Quant au risque du soufflement d'exploit de la réassignation, rien n'empêcherait de concevoir la commission d'un huissier par le tribunal quand, ne prononçant pas le défaut-congé, il autorise le défendeur comparant à réassigner le demandeur.

Cette réassignation devrait viser expressément l'article 154 du Code de Procédure Civile, sous peine de nullité afin que le demandeur n'ignore pas que le jugement qui trancherait sa demande lui enlèvera la voie de l'opposition.

§ 3. — *Effet interruptif du défaut-congé.*

Une curieuse innovation du dernier alinéa de l'article 154 permet d'interrompre la prescription par l'assignation en cas de défaut-congé. Cette mesure apporte la solution à la difficulté soulevée par le Code, pour maintenir l'effet interruptif de l'assignation.

MM. Garsonnet et César Bru proposaient de permettre l'opposition du demandeur débouté par un défaut-congé.

Le délai d'opposition constituant somme toute une prolongation de délai de prescription. Ce procédé lui fait courir un nouveau délai de 30 ans.

C'est là un danger très réel pour le défendeur et il est vraisemblable qu'il n'hésitera pas dans une pareille éventualité à requérir un jugement de défaut au fond.

Toutefois, il est bon de signaler à ce sujet que le choix du jugement à obtenir n'est pas laissé au libre désir du défendeur, le tribunal a son rôle d'appréciation à jouer en la matière.

En résumé, si aucun empêchement dirimant ne s'oppose à l'application à la procédure commerciale des règles édictées par l'article 154 pour la procédure civile, l'on peut déplore la brièveté du décret-loi de 1935, sinon son insuffisance en la matière.

En laissant subsister l'article 434 pour la procédure commerciale, alors qu'il créait une procédure plus perfectionnée, voire même opposée pour la procédure civile, le législateur n'a certes pas cherché à créer une situation pire en procédure commerciale.

Il s'agit plutôt là d'une omission à moins qu'ayant estimé que l'article 434 était toujours interprété au moyen de l'article 154, il n'ait pas cru devoir entériner cet usage, et en tant que de besoin, le renouveler, le rajeunir, ce qui est d'autant plus désirable que la rédaction de l'article 154 nouveau repose entièrement sur la constitution des avoués et sur la formalité des avenirs.

Quoiqu'il en soit, la doctrine et la jurisprudence ont commencé à bâtir un système cohérent avec les éléments insuffisants et même imparfaits que le législateur leur a livrés.

Il n'y a de salut pour la procédure commerciale, en cette matière, qu'en adoptant *mutatis mutandis* les innovations apportées par le décret au défaut du demandeur civil.

CONCLUSION

Arrivé au terme de cette étude, nous apprécions mieux l'étendue de la réforme apportée par le Décret-Loi de 1935, dans une matière qui exigeait un réel et profond remaniement.

La plupart des auteurs (1) ont exprimé la nécessité de cette réforme et dans les travaux préparatoires du décret l'on peut lire :

« ...si en effet la procédure des juridictions consulaires, « telle qu'elle est organisée par le Code de 1806 est réputée « pour être simple, rapide et peu coûteuse, elle n'en a pas « moins été compliquée lors de la promulgation du Code « de Commerce par l'article 643 de ce Code, qui déclare « applicable aux Tribunaux de Commerce, plusieurs articles relatifs au défaut devant les Tribunaux Civils. Cet article, en tout cas, a pour conséquence de permettre au « Commerce quelques-uns des procédés dilatoires employés « au Civil par certains plaideurs de mauvaise foi. L'abus « en a même été tel qu'une réforme immédiate s'impose ici « plus qu'ailleurs. »

Tel est donc le but de la réforme clairement exprimé.

Mais si le succès de la réforme en procédure civile a été consacré par la doctrine et par la pratique, et si nous pouvons faire nôtre cette appréciation que nous empruntons à M. Stefani (2) « ...en dépit de ses imperfections le système de procédure adopté par le décret-loi apparaît dans l'ensemble comme étant satisfaisant », il est à craindre qu'en procédure commerciale la hâte avec laquelle il a été pro-

(1) V. SOLUS, *op. cit.*; HÉBRAUD, *op. cit.*

(2) Voir Thèse, *op. cit.*

mulgué n'ait laissé subsister les imperfections, voire même les contradictions qui laissent les praticiens dans l'incertitude, et ont donné naissance à deux courants de jurisprudence.

A l'heure actuelle, il semble bien que dans le silence des textes, la jurisprudence parvienne à une interprétation qui résolve ces difficultés en retrouvant le parallélisme qu'une lente évolution jurisprudentielle avait créé entre les procédures civile et commerciale.

En matière commerciale, la procédure est très sensiblement la même que la procédure civile, toutes les grandes lignes du défaut y étaient retracées avant le décret: distinction des défauts faute de conclure et faute de comparaître, le défaut profit joint, etc...

La réforme n'a pas rompu effectivement ce parallélisme, et nous partageons l'avis de M. Hébraud, quand il déclare au sujet des difficultés soulevées par la rédaction et le lacanisme des textes nouveaux: « Elles ne seront résolues que dans la mesure où l'on pourra étendre au défaut commercial les principes généraux posés à propos du défaut civil. Au lieu d'abroger l'article 643, il semble que la meilleure solution eût été de maintenir, et peut-être d'élargir sous réserve des adaptations nécessaires, le renvoi qu'il faisait aux règles du défaut civil. » (Hébraud, *Réforme de la Procédure*.)

C'est donc dans l'imitation de la procédure civile que se trouve la solution préconisée pour la procédure commerciale, et bien des auteurs et des praticiens souhaiteraient voir cette interprétation entérinée par le législateur, ou, à son défaut, par des arrêts de la Cour de Cassation.

C'est vraisemblablement la Cour de Cassation qui sera la première à aborder ce problème et fixera la jurisprudence de façon définitive (dans le sens indiqué, espérons-le).

Un seul arrêt, tranchant de l'application soit de l'article 154 soit de l'article 154 *bis*, en matière commerciale, sera un enseignement qui, pour être précieux n'en sera pas moins fragmentaire. Aussi serait-il préférable de voir le législateur apporter un remède au doute né de cette dernière réforme.

Pour parachever son œuvre le législateur a notamment deux solutions:

La première possibilité consisterait à faire des articles 154 et 154 *bis* des règles générales s'appliquant à la fois aux procédures civile et commerciale.

Le remaniement des textes apporterait la disparition des difficultés nées de la rédaction adoptée en 1935. Cette adaptation des textes n'est pas insurmontable, il n'y a qu'à lire les arrêts de jurisprudence récents pour s'en apercevoir.

L'autre solution, au lieu d'un renvoi aux règles civiles, consisterait en la création de règles propres à la procédure près les juridictions consulaires.

Quelle que soit la voie adoptée, il importe surtout que le législateur stigmatise en matière commerciale la suppression du défaut faute de conclure, tant pour le demandeur que pour le défendeur, tout en lui offrant une garantie suffisante; qu'il fasse profiter le défaut commercial des améliorations des articles 156 et 158 nouveaux du Code de Procédure Civile en périmant le jugement de défaut non exécuté dans les six mois.

Mais peut-être parviendra-t-on à la solution d'une façon détournée comme peuvent le laisser penser la loi du 8 décembre 1941, modifiée par celle du 10 juillet 1942 portant statut des agréés.

Sans en faire des officiers ministériels comme les avoués détenteurs du privilège de la procédure civile, ces lois ont renforcé leur caractère officiel en leur reconnaissant une existence légale, et il est vraisemblable que l'on verra des compagnies d'agréés se constituer auprès des Tribunaux qui n'en ont pas encore et leur ministère devenir de plus en plus recherché, pour devenir obligatoire par le jeu normal de l'évolution.

En attendant, c'est toujours l'article 421 du Code de Procédure Civile qui régit cette matière et le principe d'une procédure commerciale, simple, rapide, économique, maniable par de simples commerçants est toujours en usage.

Vu : *Le Doyen*,
G. RIPERT.

Vu : *Le Président*,
SOLUS.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
Gilbert GIDEL.

BIBLIOGRAPHIE

- BELLOT. — « Exposé des motifs de la loi sur la Procédure Civile du Canton de Genève. »
- BERNARD. — « Commentaire des Lois Nouvelles. Le décret-loi du 30 octobre 1935. » Annales des Justices de Paix, 1935.
- BIOCHE. — « Dictionnaire de Procédure civile et commerciale », 1867.
- BOITARD, COLMET-DAAGE et GLASSON. — « Leçons de Procédure civile », 1887.
- BONCENNE, BOURBEAU. — « Théorie de la Procédure civile », 1837.
- BRAVARD, VERRIERES et DEMANGEAT. — « Traité de Droit commercial. »
- CARRE et CHAUVEAU. — « Lois de la Procédure civile et commerciale », 1880.
- CEZAR-BRU. — V. GARSONNET et Note sous D. P., 1915-1-97.
- CHAUVEAU et GLANDAS. — « Formulaire général et complet de Procédure civile », 1938.
- CHERON et NUHLEISEN. — « Précis de Procédure locale. »
- CLOUZEAU. — « Le défaut du défendeur devant le Tribunal de commerce », Thèse Paris, 1911.
- CUCHE P. — « Précis de Procédure civile et commerciale », 1939.
- CUIN. — « Les jugements par défaut devant les Tribunaux civils », Thèse Toulouse, 1937.
- DELOR. — « Le décret-loi du 30.10.35 modifiant divers articles du C. de P. C. », répertoire Commaille, 1936.
- DEMIAU-CROUZILHAC. — « Instruction sur la Procédure par les principes. »
- DALLOZ. — « Nouveau Code de Commerce. » Tome V, par Trasbat, Flour, Lebon et Heller.
- FOURNIER P. — « Les officialités au Moyen-Age. »
- FUZIER-HERMAN. — « Répertoire général alphabétique de Droit français », 1897.
- GARSONNET et CEZAR-BRU. — « Traité théorique et pratique de Procédure civile et commerciale », 1912-1925 et supplément 1938.

- GIFFARD. — « Le défaut dans la Procédure extraordinaire. Leçons de Procédure civile romaine », cours 1922.
- GIRARD P.-F. — « Manuel élémentaire de Droit romain », 1929.
- GLASSON. — « Les sources de la Procédure civile française », 1882. — Note sous D. P. 92. 2. 337.
- GLASSON, TISSIER, MOREL. — Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile », 1925, 1936 et sup. 1936.
- GOYET. — « Modifications apportées à divers articles du Code de Procédure civile par le décret-loi du 30. 10. 35. » Lois Nouvelles, 1936. 1. 241.
- HEBRAUD. — « La réforme de la Procédure. Le décret-loi du 30. 10. 35. » Revue critiq. de légis. et jurisp., 1936.
- JAPIOT. — « Délais de procédure et jugements par défaut. Commentaire de la loi du 13. 3. 1922 », 1922. « Traité élémentaire de Procédure civile et commerciale », 1935, et articles dans la Revue trimestrielle de Droit civil (de 1911 à 1935).
- LABORDE-LACOSTE. — « Précis élémentaire de Procédure civile. »
- LOCRE. — Exposé des motifs du Code de Procédure civile par Treilhard.
- LYON-CAEN et RENAULT. — « Traité de Droit commercial. »
- MARIN P. — « Le défaut faute de conclure depuis le décret-loi du 30 octobre 1935. » Lois Nouvelles, 1938. 1. 345.
- MONIER R. — « Manuel élémentaire de Droit romain. »
- NOUGUIER. — « Des Tribunaux de commerce. »
- POTHIER. — « Traité de Procédure civile. »
- REYNAUD. — V. Revue Trimestrielle de Droit, 1939.
- RODIER. — « Cours de compétence et de procédure en matière civile. »
- RUBEN DE COUDER. — « Dictionnaire de Droit commercial. »
- SOLUS. — Cours élémentaire de Procédure, 1942. « La réforme de la Procédure civile », Revue des Vivants, mai 1935. « Variété », Gazette du Palais des 22 et 23 décembre 1935.
- STEFANI. — « La Procédure par défaut et l'opposition », Thèse Paris, 1941.
- THALLER. — « Traité de Droit commercial. »
- THOMMINES-DESMAZURES. — Traité de Procédure civile.
- TISSIER. — « Le centenaire du Code de Procédure ». Revue trimestrielle de Droit civil, 1906.
- VANLAER. — « Le décret-loi du 30 octobre 1935 relatif à la Procédure civile », 1937. « Le régime français des jugements par défaut et des oppositions depuis le décret-loi du 30 octobre 1935 ». Thèse Lille, 1936.

TABLE DES MATIERES

LES JUGEMENTS PAR DEFAUT DEVANT LES TRIBUNAUX DE COMMERCE

La réforme du décret-loi de 1935

	PAGES
INTRODUCTION	7
CHAPITRE I ^{er} . — Du défaut d'un défendeur unique	17
SECTION I. — Le défaut en matière civile	18
§ 1. Le défaut d'après le C.P.C. avant la réforme du D.-L. 35	18
§ 2. Règles applicables depuis la réforme de 1935	20
SECTION II. — Le défaut en matière commerciale avant 1935,	24
§ 1. Solutions admises avant le Code de Commerce.. . . .	24
§ 2. Procédure par défaut depuis la promulgation du Code	27
SECTION III. — La procédure par défaut depuis la réforme du Décret-Loi de 1935	33
§ 1. Le Décret-Loi concerne-t-il le défaut faute de con- clure en Procédure Commerciale	33
A) Idée générale de la réforme	34
B) Réglementation actuellement en vigueur.	43
§ 2. Le défaut faute de comparaître subsiste seul devant les Tribunaux de Commerce	46
CHAPITRE II. — Du défaut en cas de pluralité de défendeurs	55
§ 1. Tous les défendeurs font défaut	55
§ 2. Certains défendeurs font défaut, d'autres compa- raissent. Le défaut profit joint	57
CHAPITRE III. — Le défaut du demandeur. La suppression de l'opposition au jugement prononçant le défaut du demandeur. . . .	69
§ 1. Analogie entre le défaut du demandeur et le défaut faute de conclure	71
§ 2. Difficultés d'application pratique	73
§ 3. Effet interruptif du défaut congé	78
CONCLUSION	79
BIBLIOGRAPHIE	83

